



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

- + *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.
- + *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.
- + *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.
- + *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página <http://books.google.com>

June, 1908.

EARY.

CÓDIGO CIVIL

TOMO XII

Spain. Laws, statutes, etc. Civil

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

CÓDIGO CIVIL

COMENTADO Y CONCORDADO EXTENSAMENTE

CON ARREGLO Á LA NUEVA EDICIÓN OFICIAL

POR

Q. MUCIUS SCÆVOLA

ABOGADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE MADRID

TOMO XII

De las sucesiones en general.

DE LOS TESTAMENTOS

De los testamentos comunes.

De los testamentos especiales.

Revocación é ineficacia de los testamentos.

MADRID

IMPRESA DE RICARDO ROJAS

Campomanes, 8.—Teléfono 3.071.

1896

a

a de la
. basta
nente, c
vida c
de las
por la
culo 55
il Códig
que le
n desde
dispone
efiere j
nto; y
ción de
e, por l
de la l
os her
rte, no
(555).
oncuer
lo dicho
ero ex
a sido
onas—
desgra
ucezo
dirá es
onas qu
r sobre
ante, la
urrienc
vor del
años.
ltre d
y la o

primera; y al contrario, si tenía más de doce, aunque no hubiese cumplido los diez y ocho (artículos 551 y 552).

De las herencias por testamento.—Corresponde esta sección del proyecto de 1851 á la *sección 2.ª, tit. III, lib. III* del actual Código civil, definiendo el testamento en su art. 555 como un acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo ó parte de sus bienes para después de su muerte en favor de una ó más personas; definición que, comparada con la que en su art. 667 da el citado Código civil vigente, es bastante más amplia, descendiendo más á los detalles, pudiéndola calificar de minuciosa.

Dice á continuación el proyecto que comparamos que el testador puede disponer á título universal ó de herencia y á título particular ó de legado (art. 556).

Sin embargo, aun cuando el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición, como hecha á título universal ó de herencia.

No pueden dos ó más personas (art. 557) testar en un mismo acto, sea recíprocamente en provecho suyo ó de un tercero.

El testamento es un acto personalísimo: su formación no puede dejarse en todo ó en parte al arbitrio de un tercero.

Tampoco puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia de la institución de heredero ó de la manda, ni la designación de su cantidad, pero sí el repartimiento, cuando la disposición comprende á toda una clase de personas, como parientes, pobres y criados (art. 558).

El contenido de estos artículos es análogo á los 668, 669 y 670 del moderno Código civil, con la sola diferencia de que este último, en el art. 670 que corresponde al 558 del proyecto, y en la parte que dice: *El testamento es un acto personalísimo: su formación no puede dejarse en todo ni en parte al arbitrio de un tercero*, añade: *ni hacerse por medio de comisario ó mandatario.*

•
Nunca se
sí.

Por el testi
ar, lo hará
Lo mismo
amento no
. impedime
El que no p
amento cer
El testame
rmado de
ia.

Al hacerse
en la part
o y testigos
A continua
o fe, hacien
rescrito an
En lo demás
ento cerrac
No habla n
dose aquí c
ipatible con
o lo concer
Añade el m
orizado un

~~testamento~~
as intestad
a la muerte
De las soler
) Testame
ciudad ex
de los testa
es. Conside
otorgados

ción incomunicada á causa de la peste ú otra enfermedad contagiosa, además del testamento militar, marítimo y hecho en país extranjero, los cuales, por su propia naturaleza, constituyen el segundo término de la división clásica á que antes hemos aludido.

El que se encontrare en inminente peligro de muerte ó aislado en una ciudad epidemiada podrá otorgar testamento (artículo 572) ante tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento ó ante dos con escribano; pero en ambos casos quedará ineficaz el testamento desde que el testador hubiere salido de la enfermedad ó peligro.

El testamento otorgado con arreglo á las anteriores disposiciones quedará ineficaz pasados dos meses desde que el testador hubiere salido del peligro de muerte, ó se hubiere abierto la comunicación ó pasado á otro pueblo no incomunicado (art. 573).

b) Testamento militar.—Después de exponer lo dicho, que se relaciona con los artículos 699, 700, 701 y 703 del Código actual, pasa el proyecto á ocuparse, y siempre dentro de la misma sección, del testamento militar, acerca del cual dispone que en tiempo de guerra, los militares en campaña y demás individuos empleados en el ejército, los voluntarios, rehenes y prisioneros podrán otorgar su testamento ante un oficial que tenga por lo menos el grado de capitán, ante el auditor destinado á seguir al ejército, ó ante un comisario de guerra.

Si el testador estuviere enfermo ó herido, podrá otorgarlo ante el capellán ó cirujano que le asista.

Si estuviere en destacamento, ante el oficial que lo mande, aunque no sea subalterno.

En todos estos casos (art. 574) será siempre necesaria la esencia de dos testigos.

Los testamentos otorgados con arreglo á lo dispuesto anteriormente deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por éste al Ministerio de la Guerra (ar-

año
el re
a c
qu
o, a
de S
no,
576
los
ente
si e
stac
ladr
lirá
inc

obse
scr
to.
es j
afe
e o
y l
ia d
imo
rio
one
uni
unir
el
ase
ños
or a
oto
drá

CÓDIGO CIVIL

ida. El proyecto de Código alemán discútese actualmente el Parlamento; puede sufrir alteraciones, y nos ha parecido desde el primer momento más razonable someterlo solamente al juicio y crítica de los estudiosos.

* *

.º *De las sucesiones. Preceptos de carácter general libro V, Sección 1.ª*.—A cuatro principios fundamentales se reducen los contenidos en esta primera sección del libro V del proyecto alemán, á la manera de pilares mantenedores de todo el edificio jurídico de las sucesiones.

Helos aquí:

* A la muerte de una persona, su patrimonio, considerado como universalidad, se transmite á una ó varias.

El testador no puede impedir la transmisión de su patrimonio como universalidad (art. 1.749).

* La herencia se transmite á los herederos por fracciones partes hereditarias.

Salvo prescripción legal en contrario, las disposiciones concernientes á la herencia considerada como un todo, rigen en cada una de sus partes (art. 1.750).

* El testador puede designar su heredero en acto de última voluntad.

Cuando no haya institución de heredero ó ésta sea nula, irá lugar la sucesión legítima (art. 1.751).

* El que no sobrevive al testador no puede ser heredero (artículo 1.752).

En estos cuatro lacónicos artículos se condensan los cánones fundamentales de la sucesión testada y de la intestada, es á saber: transmisión del patrimonio como universalidad, institución de heredero, sucesión legítima, determinación jurídica de la personalidad de heredero.

.º *Disposiciones de última voluntad (Sección 2.ª, tit. I).*

) *De los testamentos*.—* El testador puede, salvo pres-

3.º De la
pacidad jurí
seis años, ot
con la autor

Una pers
con diez y se
ción de últi
sentante leg

Hemos t
para que nú
nica y la lóg

4.º De la
título VII).
generarla ur

* Una di
en contrario
rial (forma t

* El otor
en forma ju
y dos testigo

Cuando l
en forma no
tarios y dos

Las pers
tes deberán
gamiento (a.

* No pue
última volu
testigo instr

1.º El ed
haya disuelt

2.º El pa
gundo grado

Tampoco
por la dispo

El testamento deberá ser firmado por las personas que hubieren intervenido en él (art. 1.919).

* Cuando el testador declare que su firma será reemplazada por la manifestación de este hecho (art. 1.920).

* Cuando el testador, á juicio del Juez, sea mudo ó por cualquiera causa no pueda hablar, sólo podrá otorgar su última voluntad. El testador firmará en presencia de la persona que interviniera en el otorgamiento una declaración que el escrito presentado contiene su contenido (art. 1.921).

* Cuando el testador no posea la lengua española, deberá nombrar un intérprete, á quien previamente se le explicará el contenido del testamento, siéndole aplicable las prescripciones de los artículos 1.922 y 1.923.

El intérprete dará lectura del testamento al testador en el idioma del testador, cuya traducción deberá constar en el testamento, haciendo de ella expresa mención.

El testamento contendrá además la declaración del testador de que no sabe el idioma al que se traduce el intérprete y expresión de que ha hecho la traducción.

El testamento deberá ser firmado por el testador y por todas las personas que concurren al otorgamiento.

Cuando todos los concurrentes al otorgamiento no sean de lengua española, el testador no será necesario el intérprete. El testamento deberá en este caso otorgarse en alemán y el testador deberá además declarar que no sabe el idioma alemán y la manifestación de todos los concurrentes de que conocen el idioma del testador (art. 1.924).

* El testamento hecho en forma ordinaria deberá ser sellado con el sello oficial por el Juez, Notario ó Atribuido, y por todos los que hubiesen intervenido en el otorgamiento.

El testamento cerrado se deposita en el protocolo del Juez, Notario ó Atribuido.

podrá hacerlo ajustándose á lo prescrito en la ley.

A este testamento se le aplica lo dispuesto en el artículo 1.929 y 1.930).

Si antes del plazo de caducidad el testador realiza el nuevo viaje, queda aquél interrumpido y el nuevo viaje comienza á correr desde el día en que se realiza (artículos 1.929 y 1.930).

d) *Del testamento hecho en pais extranjero.* Los Consules, Cónsules ó personas perceptoras de Consulado, pueden en el extranjero hacer testamento por declaración escrita firmada con expresión del lugar y la fecha.

El escrito debe dirigirse abierto ó cerrado al Jefe del Consulado del Imperio con una petición firmada por el testador con expresión del lugar y del día.

El testamento se perfecciona á partir del día de la recepción. El testamento se considera válido desde el día en que el testador vive (artículo 1.931).

6.º *De los testigos.*—* No pueden ser testigos:

- 1.º El menor de diez y seis años.
- 2.º El privado de los derechos civiles por sentencia que dure la interdicción.
- 3.º El que esté al servicio del Jefe del Consulado ó de *clerc*.

No deben ser llamados en calidad de testigos:

- 1.º El menor.
- 2.º El incapaz de prestar juramento.

Comprenden asimismo á los testigos las restricciones impuestas en los artículos 1.916 y 1.917.

7.º *De la revocación de los testamentos.*

Dice el art. 1.940 que se hace por virtud de un testamento, o bien en cuyo contrato, ó bien en el de un tercero, ó á un tercero, ó á dos contratantes.

Esta institución con carácter de testamento; antes al contrario, diciendo que la institución es el derecho del testador de disponer de sus bienes por acto jurídico.

Tampoco limita el precepto que el art. 1.958 preceptúa, reservando el derecho de testar, ésta tendrá que hacerse y deberá ser notificada.

Muchos más preceptos se refieren á la institución por testamento, cardinales para dar una idea de las ampliaciones duran

BÉLGICA

DE 1880

Libro III.—Títulos

Capítulo I: De la determinación de los herederos (artículos 718 á 745).—Capítulo II: De la adquisición por testamento (artículos 746 á 765).—Capítulo III: De las disposiciones testamentarias (artículos 766 á 785).—Capítulo IV: De las disposiciones testamentarias particulares sobre el testamento (artículos 786 á 805).—Capítulo V: De la caducidad de los testamentos y de su caducidad.

1.º *Consideraciones sobre los precedentes pat*

tivo á la ordenación de materias existe entre los Códigos belga y francés y el Código español.

En lo que pudiéramos llamar sustancialidad de la doctrina, las discrepancias son poco sensibles porque los principios sobre los cuales se cimenta la sucesión por causa de muerte son universales, y lo mismo el concepto del testamento que el dogma de la revocabilidad testamentaria y la clave fundamental de todo el edificio sucesorio contenida en aquel axioma romano de que el heredero sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones, los encontramos inalterables en los Códigos que rigen en los países civilizados.

Como veremos más adelante, las mismas declaraciones jurídicas fundamentan el derecho francés y el español en punto á la materia de este tomo, y si se perciben algunas variantes, éstas son como á la manera de los rasgos fisonómicos en las personas, las que determinan el individuo, las que hacen que un Código no se confunda con otro Código. Esto no quiere decir que entre el derecho castellano y el belga, v. gr., no haya divergencias manifiestas en cada una de las diversas fases de la vastísima doctrina sucesoria. ¿Quién niega, v. gr., la originalidad de la mejora visigótica que aún palpita en el Código patrio, comunicándole carácter y tonalidad propios? Lo que queremos expresar es que la cimentación es idéntica; luégo, una construcción resulta gótica, otra romana, otra del renacimiento, otra impregnada de barroquismo.

La realidad de esta conclusión nos la confirmará el examen comparativo de los Códigos.

2.º *Determinación de las sucesiones.*—Principian los Códigos belga y francés afirmando que la sucesión se determina por la muerte natural. Cuando el Código Napoleón se dictó regia aún la muerte civil; pero abolida por ley de 31 de Mayo de 1854, el texto del art. 718 debe quedar en la forma con que lo hemos expresado.

Observarán
ñol formul
en concre
nente de la
o categóric
se transmi
Después de
esta, el Có
os heredero
mo acto de
derse. Nue
e en dicho
s líneas gen
sta última,
one el conce
bienes, dere
xtingan por
eredero y a
de á tituto
nente, cieri
herederos u
erte en todo
No podían c
iar este pri
en el art. 7
iura posee
into, y adq
a herencia.
.º De los t
an de los te
para dispo
o patrio pro
amente exp
ha notar, d
estamento c

cesiones se ocupa, es como la muestra de un pintor, de veinticinco colores, preferible es ver agrupadas materias atraídas por su propia heterogeneidad, que no desparramadas sin tino por los varios capítulos del Código.

4.º *De la capacidad para disponer por testamento.*—Los Códigos francés y belga desarrollan en un mismo capítulo la capacidad para disponer y recibir por testamento, juntamente con la que se requiere para donar ó aceptar donaciones.

El Código patrio, en estos particulares más minucioso, clasifica y separa. La capacidad para donar trátala en el título de la donación. La capacidad para otorgar testamento constituye una sección, y la que la ley exige para recibir por herencia, es decir, por testamento y sin él, forma capítulo y sección aparte. Más razonable y más científico nos parece el plan seguido por el Código español.

Al tenor de los Códigos que comparamos, carecen de capacidad para testar los que no se encuentren en perfecto estado de razón y los menores de diez y seis años (artículos 901 y 904).

Pero además de estas incapacidades, que pudiéramos llamar absolutas, existe una relativa, es á saber: la de los mayores de diez y seis años, pero menores de edad, los cuales, según el art. 904, no podrán disponer testamentariamente sino de la mitad de la suma de bienes que la ley permite disponer al mayor. Esta incapacidad relativa no existe en nuestro derecho, toda vez que desde los catorce años en adelante los menores de uno y otro sexo pueden disponer *mortis causa* sin limitación de cantidad.

El precepto del art. 664 del Código español concerniente á la validez del testamento hecho antes de la enajenación mental, tiene su concordante en el art. 503 de los Códigos que comparamos, puesto que, según expresan, las actas anteriores á la interdicción podrán ser anuladas si existía la causa de la interdicción y era notoria en la época en que aquéllas se otorgaron.

Aunque aparentemente, y más que nada por la redacción, la concordancia apuntada parezca discordancia, el precepto es análogo.

El Código español establece además una regla para apreciar la capacidad del testador, tomando como punto de partida el momento del otorgamiento. Y llevando su previsión al más alto grado, rodea de toda clase de garantías la otorgación del testamento de un demente en un intervalo lúcido.

5.º *De la forma de los testamentos.*—Tres formas de testar admiten los Códigos francés y belga: el testamento abierto ó público, el testamento místico ó cerrado y el testamento ológrafo.

a) *Del testamento público ó abierto.* — El testamento abierto ó público consiente dos modalidades, á saber: ó se otorga ante dos Notarios y dos testigos ó ante un Notario y cuatro testigos. He aquí los artículos que sancionan dicha forma testamentaria.

* El testamento público es el otorgado ante dos Notarios y en presencia de dos testigos, ó por un Notario en presencia de cuatro testigos (art. 971).

* Si el testamento se otorga ante dos Notarios será dictado por el testador y escrito por uno de ellos tal como se dicte. Si no asistiese al acto más que un Notario debe también escribir éste lo que el testador le dicte. En uno y otro caso deberá leérselo á éste en presencia de los testigos, haciendo mención expresa de todos estos extremos en la escritura testamentaria (art. 972).

* Este testamento deberá firmarse por el testador: si dijese que no sabía ó no podía firmar, se mencionará expresamente dicha manifestación y la causa que le impida firmar (art. 973).

* El testamento deberá firmarse por dos testigos: sin embargo, en despoblado bastará que firme uno de los dos testigos, si asisten dos Notarios, y dos si no asistiere más que un Notario (art. 974).

comparación
dedica á de
abierto, a
digámoslo
le de aquel
Sección 5.^o
s como el 6
pero no ca
tan transce
s que estud
del testamen
hacer un te
osiciones, bi
obre ó pape
á. El testad.
á seis testig
resencia, y
mento, escr
de su puño
birá en el se
, cuya acta
into y los te
de estos act
ón.

el caso de q
de firmar
, se expresa
el número
el testador
de dictar si
además de l
acta, hacién
motivado l
s que no se
rma de testi

* Si el testador no pudiese hablar pero sí escribir, podrá otorgar testamento cerrado ó místico.

En este caso deberá precisamente escribir, fechar y firmar de su puño y letra su disposición de última voluntad, presentándosela al Notario y á los testigos, y escribiendo antes del acta testamentaria y en presencia de aquéllos, que el pliego cerrado que presenta es su testamento.

Practicado esto, el Notario extenderá el acta, en la cual hará constar expresamente que el testador ha escrito aquella declaración en su presencia y en la de los testigos.

Además de las solemnidades que quedan expresadas, se observarán las prescritas con carácter general para la otorgación de los testamentos místicos.

Las disposiciones que anteceden son las que los Códigos que comparamos consagran al desarrollo positivo del testamento cerrado.

Una sola ojeada basta para percibir la íntima analogía que entre aquellos Cuerpos legales y el Código patrio reina en punto á las solemnidades del testamento secreto, y no podía ser de otra suerte, porque la manera de conseguir que permanezca en secreto la última disposición no há podido ser otra ni puede serlo que la de ocultar el pliego que la contiene bajo una cubierta protectora. En dicha ocultación reside la esencia del testamento llamado místico por el Código napoleónico.

El Código español contiene además otras disposiciones muy interesantes, tales como la de consentir que el testamento quede en poder del testador ó de persona de su confianza ó del Notario autorizante bajo recibo; la de que el testamento cerrado debe presentarse al Juez competente dentro de diez días, contados desde que el depositario del testamento sepa el fallecimiento del testador, bajo pena de perderlo derecho á la herencia, además de la responsabilidad de daños y perjuicios que ocasionare con su negligencia; y finalmente, la referencia concreta á la ley de Enjuiciamiento

* El testamento marítimo no podrá contener ninguna disposición en favor de los oficiales del buque, salvo en el caso de que sean parientes del testador.

* El testamento marítimo caduca pasados los tres meses siguientes al desembarco del testador.

* No se reputará testamento marítimo, aunque haya sido otorgado durante un viaje, si en el tiempo en que se hizo, el buque hubiere arribado á tierra extranjera ó francesa donde residiere un oficial público francés.

Si comparamos los preceptos que quedan transcritos, notaremos que, salvas ligeras diferencias que en nada alteran lo sustancial, lo mismo establece el Código patrio con respecto al testamento marítimo.

Las variantes más perceptibles se reducen á la ampliación por el Código español del término de caducidad hasta cuatro meses, y á la adaptación para los casos de naufragio de lo dispuesto para los de batalla, asalto ó combate.

d) *Del testamento hecho en país extranjero.*—Preceptúa el Código napoleónico (art. 999) que el ciudadano francés que se encuentre en país extranjero podrá otorgar su testamento ó por acta ó documento privado ó por documento público, *acte authentique*, con todas las solemnidades que se exijan en el país donde el otorgamiento tenga lugar.

Y añade el art. 1.000:

Los testamentos hechos en país extranjero no se ejecutarán, por lo que respecta á los bienes situados en Francia, sino después de haberse inscrito en el registro á que pertenezca el domicilio del testador si aún lo tuviere, y si así no fuera, en el del último domicilio que se le hubiere conocido en Francia.

Si el testamento contuviere alguna disposición sobre inmuebles sitos en Francia, deberá además registrarse en la oficina del lugar donde radiquen.

Á estos dos artículos se reducen todas las disposiciones que los dos Códigos que estudiamos comparativamente

enen sobre los testamento

lías amplio es el desarrollo c
ladores españoles, puesto
r, es á saber: ó el ciudadan
a que el natural del país dor
tonces, como es consiguient
, por la eficacia de aquel ant
ó el español acude al func
tonces rigen los preceptos d
los efectos de la regla ante
cogerse á la Autoridad que
ñola en suelo extranjero.

Quando el testamento se otc
co ó consular de España, é
to abierto ó del acta de oto
o de Estado, enviando el t
rafo depositado, cuando fal
último, hacer notar el art. 7
ordante en los Códigos belg
español residente en el ext
to ológrafo sin el requisito
es donde no esté admitida p
ir.

° *De la revocación é inej*
última de las secciones del c
a los Códigos belga y franc
ntísima materia.

Parangonadas las disposicio
les con las del Código espa
ritu de mayor generalidad,
ile de la teoría de la revoca
El principio cardinal, el ve
toda la materia, es el mis
do en la *ley 4.ª, tit. IV, lib*

nulidad de
de un tercio
la herencia
no ser rem
enfermeda
del de Esp
una persona
das por el
rales deter

Nada h
logia ó sen
del Código

De la fe
venimos en
rics y espe
llama com
grafo y tes
vez, tiene
consiguien
Código por
tulos distin

En cua
expresame
á ellos ded
cho en tier

Aun cu
Código á l
cerrado, vi
nes que re

Siguien
español, de
tamentos e
ben ser val
Reino ó ex
sentencia j

de
Not
natu
el e
o t
pre
aric
, te
le <
del
, au
13.
lo d
ialic
in j
14.
ulo
uici
d j
r er
o d
o se
i fa
ito,
Cóc
esta
los
ue <
torq
or <

uan
exi,
su
n de

que se otorgue por escrito ante Notario, el juez, o el Jefe de la Audiencia, ó ante quien haga sus veces, ó ante el Ministro del culto en presencia de dos testigos. El testamento será siempre firmado por el que dé fe de su otorgamiento, y, permitiéndolo las circunstancias, por el testador y los testigos; sin embargo, es válido sin estas últimas firmas, mencionándose

la causa por la cual no se ha cumplido. En este testamento pueden ser testigos de otro sexo, siendo mayores de diez y seis años, quedando nulos seis meses de la epidemia en el lugar en que se otorga, y seis meses después que el mismo se declare libre de la epidemia. Si el testamento es verbal, se depositará el testamento tan pronto como se declare libre de la epidemia en la Oficina del Registro del lugar en que se otorga. Por consiguiente, el Código de Italia establece que el testamento hecho de palabra, sea que sea por escrito y en presencia de un juez, o de un funcionario público, o de un funcionario de autoridad, además de los testigos, quedan nulos ambos Códigos en el plazo que se establece para dichos testamentos.

Del testamento cerrado.—El otorgamiento del testamento cerrado se regula por el Código de Italia, al que se dispone en el español. Cuando se digna de apuntarse, encontramos la diferencia que se requieren, que son cuatro en los Códigos por nuestra legislación.

En cuanto á su apertura, se verifican los requisitos que ya hemos expuesto anteriormente para el testamento ológrafo.

La misma sanción de nulidad impuesta al testamento cerrado que se exige para el testamento ológrafo si tiene las condiciones exigidas.

Del testamento militar.— En los casos en que se previene, pueden otorgar testamento los militares en el Reino ó en el extranjero, los priores de plaza ó fortaleza sitiada ó en cualquier caso en que hallen interceptadas las comunicaciones.

CÓDIGO CIVIL

admite, y que por consecuencia no tienen concordancia aquél los preceptos que éste dicta para los casos de otorgue testamento ológrafo y cerrado.

Las demás formalidades que han de observarse en los actos hechos en el mar se hallan de acuerdo los dos, salvo en la duración de su eficacia que, como en tierra, la reduce el Código que comparamos á tres meses, del desembarco.

Por último, tampoco admite en los casos de naufragio el testamento hecho en la forma que previene el art. 31 del de España.

Testamento hecho en país extranjero.—El Código italiano no dicta disposición alguna que admita comparación con las contenidas en los artículos 732 á 736 del

de revocación é ineficacia de los testamentos.—Iguales fundamentos sustentan los Códigos que examinamos en cuanto á la revocación é ineficacia de los testamentos; ambos deducen la renuncia al derecho de revocarlos; los dos exigen que la revocación ha de hacerse por otro testamento con las solemnidades de éste; coinciden también en que produce su efecto la revocación aunque el nuevo acto no se verifique quede sin realizarse por haber fallecido el heredero ó legatario, por ser incapaz ó por renunciar al legado ó el legado.

El único que se interrumpe esta armonía es en el precepto del art. 739 del Código patrio, que se halla sustituido por el italiano por este otro: «Art. 920. El testamento posterior no revoque de una manera expresa los precedentes, anula en éstos solamente las disposiciones que sean contrarias á las nuevas ó incompatibles con las mismas.»

Para terminar este estudio haremos constar que los artículos 741 á 743 de nuestro Código no tienen equivalente en el italiano de donde concluimos de comparar.

su redacción
de que los
miten desde
el 657 del
heredarse
disposición

En con
del Código
los bienes,
meramente
posición de
al definir e

A segu
que si el q
gatarios p
día sin que
ron prime
no se verif
legado. E
digo, así c
español.

De los
mento.—T
nan el pri
de que la
expresame

No ocu
el Código
guientes:

1.º A l

2.º A l

3.º A l

4.º A l

ó sus com

En ou

que alguno impedía testar á otro libre sin tardanza en casa del testador con necesarios testigos, y probada la coacción, el testimonio para ser remitido al lugar, poniendo en lugar seguro á la persona que lo haga libremente (art. 1.750).

El art. 675 de nuestro Código corresponde al párrafo con el 1.761 y en su segundo inciso que comparamos.

De la forma de los testamentos.—En su forma, puede ser, según el Código

- 1.º Público.
- 2.º Cerrado.
- 3.º Militar.
- 4.º Marítimo.
- 5.º Externo, ó hecho en país extranjero.

Esta división, como se ve, se aparta del español hace en común ó especial; y en estas clases, la primera en ológrafo, segunda en militar, marítimo y externo. En rigor, la diferencia más importante del Código que comparamos no establece el

Es abierto, ó público como le denominamos, cuando el Escribano que le extiende el protocolo (art. 1.911).

No nos ocupamos en este lugar de la diferencia del art. 680 del Código patrio que dice cerrado, porque existen grandes diferencias entre ambos cuerpos legales, y lo hacen correspondiente.

No pueden ser testigos en los testamentos el artículo 1.966 del Código de Portugal:

- 1.º Los extranjeros.
- 2.º Las mujeres.
- 3.º Los dementes.

ales, dispon
en conocer
er forma po
o juicio y li
A semejanza
.919 del que
tidades que
tenido este
ento público
él.

Del testame
a establecid
Del testame
llo de Port
lico; así es
stro Código
Limitase el
ador que qu
ará su últim
igos idóneos
La disposici
mes y año,
mismos test
eare, y firm
Si alguno d
al; pero es in
era.

Si el testado
o lo declara
seis testigo
ador.

Por lo expu
e ambos Có
gen para ota
atrio sólo e:

3.º Si está rubricado por quien le firmó.

4.º Si tiene ó no algún borrón, entrelinea nota marginal.

5.º Que la persona del testador fué reconocida.

6.º Que el testador estaba en su cabal juicio toda coacción.

7.º Y finalmente, que el mismo testador testamento en la forma que la ley ordena.

El acta será leída, fechada y firmada en con lo dispuesto para el testamento público, y siempre en presencia de los testigos, el Escrivano y lacrará el testamento, estampando en la parte de la hoja que sirva de cubierta, una nota que contenga el nombre de la persona á quien pertenece el testamento allí contenido. Si el testador puede prescindir de estas formalidades en este caso se hará mención en el acta de a qué se han omitido por voluntad del testador.

Existe, pues, una diferencia capitalísima en las legislaciones; la española ordena que el testamento cerrado ó se cierre en presencia del Notario, en todo caso el acta de aprobación en la cubierta; por el contrario, exige la presentación del testamento abierto y á su continuación ha de ponerse la declaración de desnaturalizándose en cierto modo, á nuestro Código y los demás requisitos que manda observar de secreto que este testamento tiene, pues no sucede segir en algunos casos que el Notario deje de declarar ciertas disposiciones si han de cumplirse ciertos requisitos.

Ambos Códigos se hallan conformes en que el testamento bajo esta forma á los que no saben leer; y lo mismo ocurre en cuanto á las formalidades que exigen para que testen los sordo-mudos que no saben leer.

Igual conformidad hallamos en disponer

CÓDIGO

amiento no se observen las
idas, y el Escribano respon
ue se originen por su malic
el testamento militar.—El
ado de igual manera por e
ncia esencial que la de exi
os, y la referente al plaz
a ineficaz el testamento
o las circunstancias que le
meses que nuestro Códig
mbiën autoriza, en análogo
lo, pero no encontramos
el testamento de palabra q
onsiente en los casos extr
n.

el testamento marítimo.—É
tar en esta forma en el Có
ó empleados civiles del ser
s del Estado.

n cuanto á su forma y s
establecidas por el Código
s de mencionarse que las s
scrita por el Sobrecargo
sus veces, en presencia de
ndante, y que sólo produci
en el mar ó en el término
esembarque en territorio |

el testamento hecho en país
io ó hecho en país extra
ca forma por los dos Códig
e apuntar como diferencia
ne el de Portugal del preci
ie la nulidad del testament
s otorguen en país extra
es de la Nación donde se

GUATEMALA

Libro II.— Título X.— Artículos 746 766 al 783, 781 al 791,

Título X: Del modo de adquirir el dominio.
Libro I: Disposiciones generales (artículo VII).
De los que pueden testar (artículo IV).
De los testamentos (artículos 766 al 783).
La forma de los testamentos (artículos 771 al 780).
Testamentos especiales (artículos 784 al 791).
Revocación de los testamentos (artículos 792 al 795).

Bajo el epígrafe *Del modo de adquirir el dominio*, comprende el Código guatemalteco nuestro estudio en el *tít. III del l. I* éricamente con el lema *De las sucesiones*.

El Código de Guatemala clasifica las sucesiones en testamentarias, que se adquieren en virtud de un testamento, y en legítimas, que se adquieren por disposición de la ley.

La única diferencia que en este punto existe entre el Código de la República y el de España, es que en el nuestro las legítimas y las testamentarias, equivalen a las legales.

Refiérese el Código que compare el nuestro no menciona. Dice aquél que si no es posible saber cuál murió primero de los que fallecieron en un naufragio, o en otro acontecimiento, se les reputará como si hubieran muerto al mismo tiempo.

I. De la capacidad para testar.—
Los párrafos segundo y tercero del t.

razón expresa de que durante todo el acto conservó el paciente perfecta lucidez de juicio; sin cuyo requisito y su constancia, será nulo el testamento.

II. *De los testamentos.*—Define el Código de Guatemala en su art. 766, el testamento, diciendo que por él dispone una persona de sus bienes, acciones y derechos para cuando haya muerto.

En su art. 809 declara nulo todo testamento otorgado en común por dos ó más personas, sea quien fuere el heredero instituido.

Y por último, en el art. 805 prohíbe á los testadores dar poder para testar.

Estos tres artículos son los únicos puntos de contacto que el Código de Guatemala tiene con el patrio en esta materia. Los demás artículos son referentes á extremos que nada tienen que ver con lo que ahora venimos tratando.

Queda, pues, reducida la semejanza entre estos dos Códigos á los tres artículos dichos, que corresponden con los 667, 669 y 670 del nuestro, quedando sin equivalente en el de Guatemala los artículos 668, 671, 672, 673, 674 y 675.

III. *De la forma de los testamentos.*—Aunque el Código que venimos comparando no dice, á imitación del nuestro, que los testamentos se dividen en comunes y especiales, acepta, sin embargo, esta clasificación, desde el momento en que destina un capítulo á las solemnidades del testamento en general y otro á las particulares de ciertos testamentos, comprendiendo en el primero la forma de los testamentos que nuestro Código llama comunes, y en el segundo la forma de los especiales.

Expresa el Código de Guatemala:

El que declara su última voluntad en un escrito que oierre, sella y entrega para que en su cubierta se pongan las seguridades que señala el Código, hace testamento cerrado (art. 768).

dos el testador, el Escribano y los mismos testigos ser habidos.

2.º Del testamento otorgado por escritura pública.

Las solemnidades del testamento que se otorga en escritura pública son:

a) Que escrita la memoria del testamento, la lea el testador, hallándose éste y cinco testigos presentes á ese acto, hasta autorizarlo con sus firmas.

b) Que entre los testigos haya dos ó más de distinto lugar.

c) Que asistan seis testigos cuando entre ellos haya un vecino.

d) Que después de leída cada cláusula de la memoria, manifieste el testador si esa es su voluntad.

e) Que al fin de la memoria firme el testador y los testigos testamentarios cuando no pueda ó no sepa firmar, que firmen los testigos por sí, ó unos por otros, ó distintas á ruego de ellos.

f) Que de los testigos testamentarios, tres cuando no sepan escribir y firmen la memoria.

3.º Del testamento cerrado.

Las solemnidades para el testamento cerrado son:

a) Que el testador exprese delante del Escribano y cinco testigos, que el pliego cerrado que entrega contiene su última voluntad.

b) Que los testigos sean dos, á lo menos, de distinto lugar, y que todos vean y oigan al testador cuando él abra el pliego.

c) Que en el sobre de ella firme el testador y los testigos.

d) Que suscriban á continuación los siete testigos, si alguno no sabe hacerlo, que otro lo haga por él.

e) Que el Escribano autorice las firmas y dé fe.

4.º De los testamentos otorgados por ciegos ó por sordos.

Respecto de los testamentos de los ciegos y de los sordos, se observarán las siguientes solemnidades:

Además de la diferencia que á priori el número de testamentos especiales que ten, y los que hay en España, examinada la primera Nación citada se observa que comprendidos en un solo capítulo ó se «Fórmulas particulares de ciertos testamentos del Código patrio, que dedica una sección al testamento especial.

1.º Del testamento militar.

Los militares y demás individuos que se hallen en campaña, en poder del enemigo, podrán otorgar testamento abierto ante un Jefe ó ante un Oficial y en presencia de dos testigos.

2.º Del testamento marítimo.

Los navegantes pueden asimismo otorgar testamento ante el comandante del buque y en presencia de dos testigos.

3.º Del testamento en lugar inusual.

Los que se hallen en un lugar inusual de epidemia, podrán testar ante el Jefe de la localidad y en presencia de dos testigos.

4.º Disposiciones comunes á las precedentes.

Los testamentos de que hablan los artículos anteriores sólo son válidos si el testador menciona á quien dichos artículos se refieren dentro de los treinta días posteriores á la cesación de la epidemia.

En el testamento hecho en el mar sólo es válido el que se otorga á favor de cualquiera persona que no sea pariente de grado.

5.º Del testamento hecho en país extranjero.

Valdrá el testamento que un gu

código

causa esa suposición, valdrá el segundo como no la muerte del heredero.

MÉJICO

DE LAS SUCESIONES

Libro IV.—Títulos I, II y III.—
412 al 3.422, 3.665 al 3.833

Libro I: Disposiciones preliminares.
Libro II.—Capítulo I: De los testamentos (3.385).—Capítulo III: De la capa (3.422).—Capítulo X: De la revocación (3.665 al 3.674).—Título III: Libro I: Disposiciones generales (3.803).—Capítulo II: Del testamento público (3.815).—Capítulo IV: Del testamento privado (3.823).—Capítulo VI: Del testamento nupcial (3.833).—Capítulo VII: Del testamento ológrafo (3.834 al 3.839).

Disposiciones preliminares.—El de Méjico, en sus disposiciones, el caso de que si el autor y legatarios pudiesen en una averiguar quiénes muriesen al mismo tiempo.

Por lo demás, el contenido de las disposiciones preliminares, es en un todo igual a los artículos, como lo son los iguales.

Dicen estos últimos que la sucesión del hombre ó por disposición testamentaria, la sucesión. Puede también deferirse la

clara que el testamento hecho antes de la le-
tal, es válido, y que también lo es el hecho
en un intervalo lúcido, con tal que se obse-
das prescripciones, que por ser en un to-
establecidas para este caso en el Código de
creemos dispensados de repetir en este lugar.

IV. *De la forma de los testamentos.*—E-
jico clasifica los testamentos en cuanto á su
vos y privados.

El testamento público puede ser abierto
testamento privado sólo puede ser abierto, excepto en los casos
de guerra.

Entiende el Código mejicano por testamento público el
que se otorga ante Notario y testigos idóneos y se extiende
en papel del sello correspondiente.

Y por privado el que se otorga ante testigos idóneos, sin
intervención de Notario, pudiendo extenderse ó no en papel
sellado.

El concepto que este Código da del testamento abierto y
cerrado es en un todo igual al que nuestro derecho ex-
presa.

También se presentan en un todo conformes ambos Có-
digos al exponer quiénes no pueden ser testigos en los tes-
tamentos, en la obligación de identificar al testador, y en lo
referente á las solemnidades que han de concurrir en el otor-
gado por un extranjero que no conozca el idioma.

Solamente se diferencian los dichos Códigos, en este
punto, en que el mejicano dedica algunos artículos á evitar
falsificaciones, dictando disposiciones tales como la de los
artículos 3.764, 3.765 y 3.766.

1.º *De los testamentos públicos abierto y cerrado.*—Con
pequeñas excepciones, existe en estos capítulos conformidad
absoluta entre los Códigos mejicano y español. Preséntase
una diferencia, y es que en el testamento abierto, y en el caso
de que el testador no sepa firmar, firmará por él un nuevo

tenga por lo menos la categoría de C de hallarse el testador en un destaco ante el superior, sea cualquiera su gr

Aunque en caso de asalto puec ante dos testigos, no será válido si r por los testigos ante el Comisario de

En cambio, el Código mejicano vado la presencia de dos testigos, ó q sente el pliego cerrado que contenga y firmada, ó por lo menos firmada c

Para el testamento cerrado, los cubierta, haciéndolo el testador si p

3.º *Del testamento marítimo y de jero.*—El Código mejicano admite en las mismas circunstancias que el como es natural, el caso del testame ya sabemos, no lo tolera la legislaci

El testamento hecho en país extu Embajador, lo admiten por igual los mos comparando, pero no ocurre mentos hechos en país extranjero co país en que se otorgaron, por cuant clara que los testamentos hechos e arreglo á las leyes del país donde e efecto en el Estado.

V. *De la revocación de los testan* prevenido por el Código patrio en s por el mejicano en su art. 3.669, en iguales ambos cuerpos legales.

El art. 3.669 del Código de Mé cambio de estado del testador, ni p hijos, puede revocar el testamento, si bien éstos últimos pue den ejercer los derechos que respecto de la legítima les co rresponden.

7. Como queda el término de herencia para significar el conjunto de dichos derechos y obligaciones, abarcando, pues, el primero tanto los testamentos como las

sucesiones legítimas, que más acertadamente deben llamarse *ab-intestato* ó intestadas.

Las sucesiones ó el derecho hereditario representan, pues, la institución jurídica, el *modo* de adquirir el dominio, por virtud de los que se nos transmite la herencia de una persona, ya según la voluntad y palabras expresas de aquélla, ó ya mediante una voluntad presunta del que no fué testador por diversas circunstancias naturales ó accidentales, y á quien sustituye y suple la persona del legislador, disponiendo en forma análoga á como lo haría el primero. A estos sencillos términos creemos que puede quedar reducida la explicación de la tecnología con que primeramente nos encontramos al comienzo del título encargado de regular el derecho hereditario.

Y decíamos antes que la sucesión era entre los modos de adquirir el dominio el de mayor importancia, porque lo normal en él es que indique la total transmisión del patrimonio del difunto, no sólo en lo que implica derecho, sino también gravámenes, deudas, obligaciones, el pasivo, en una palabra, del testador. Es, pues, por excelencia tal forma de comunicársenos la propiedad, un modo universal de adquisición de la misma, *universum ius*, como decían los romanos. El donante no puede hacer una total transmisión de su fortuna; la compraventa no significa más que un acto entre vivos de cesión onerosa del haber de una persona, con lo que se subviene á una exigencia social del cambio de productos, que parcialmente se cumple; el censo, la ocupación, la creación intelectual, como dice algún autor, refiérense sólo á aspectos determinados y limitados de la misma vida social, parte de cuyas varias

acuerdo dign
 legitimidad
 misión del de
 más antiguos
 ciado princip
 de determin
 ó épocas. Fu
 cualquier agi
 de la sociedad
 diante unas
 otros princip
 que el dueño
 han de sobre
 formularse, l
 visible el ind
 biera éste un
 titud en la F

Como tal
 está conform
 clase de époc
 forma actual
 dual, hasta e
 como decía T
 personal y h
 afán legítim
 todo propieta
 naturáleza h
 siderar el de
 civil.

Aparte de
 tadistas hace
 anterioridad

existencia y prosperidad desearía que en vida del mismo, y, siendo posible, que se engrandezcan hasta el mayor límite.

Si no es casado el testador, al estado de su haber hereditario, pensará en las obligaciones que contrajo, intereses que creó, en las que tomó parte, para que la muerte, é irremediable presencia, no destruya lo que lentamente é impensado, tantas adquisiciones, la mayor parte de las veces á fuerza de esfuerzos y privaciones del ahorro, que son posibles ni frecuentes, si el propietario no asegura la seguridad de que el dominio de su fortuna habrían de tener la limitada vida terrena.

Hay, pues, un más allá en los horizontes visible, como existe también la creencia que nuestros trabajos, nuestras creaciones, nuestros mandatos y consejos han de utilizarse y bendecirse, aun después que desaparece la tierra, perpetuándose la memoria de nosotros en tal forma, por todo el tiempo que las glorias de la actividad duren y sean consoladoras sólo así, tienen cumplida y consoladora las frases cariñosas del padre ó madre que en el presente y en el porvenir, y no con el uso inmoderado de su peculio, sino con el ahorro inspire todos los actos de la familia «para nuestros hijos el día de mañana»; asegura la fama de su inteligencia, en la que lo por él descubierto continuará libre y rindiendo sus utilidades á los que le sobrevivan.

contrándose de acuerdo Heinecio, Wolf, M. Big pues el papel subordina sucesión, al lado de la v ree sugerir, naturalme plaza á la otra, imitánd deseo del difunto, de ta blemente supuesto, en a presa por su parte.

Añade también el p de sucesión no tiene ve legislaciones modernas presunta de los que fall tal particular, más que de los propietarios y as plimiento.

El derecho heredita consideración que antea tenece á la clase de r que dice el jurisconsult Código civil, presentad al proyecto que el Gobi como afirma dicho insig de la sucesión, una neo yor fuerza cuanto que r fera pública correspond rio, sino sólo acoger tar un suceso de la vida como es el de la muerte tible, es preciso preven cías que pueda produci vínculo jurídico de una

oió asimismo con la tendencia de fa
de la sangre, preferentemente á los

En correlación con el concepto r
y extensivo que se tenía del Esta
épocas de la historia, se limitó ó
modo, el derecho de suceder, fuera
neas, por el Fisco, considerando en
la esfera familiar después de salva
de parentesco, más allá de los cuale
como persona jurídica, la Nación,
nullius los bienes hereditarios; y e
caso, digno de preferencia en la suc
pariente, mientras sobreviviera al
ente jurídico extraño. En tiempos
ó Jefe del Estado asumía con poder
nal toda la autoridad suma de que
jestad, las herencias vacantes por
pasaban al primero y no al Estado,
claramente deslindados los peculios
Monarca y mejor comprendidas las
de una y otro.

La institución de las legítimas
presupone de igual manera un con
diverso del que mantienen los parti
de la libertad de testar, pues parter
ideas de que la propiedad relicta por
de la familia corresponde forzosa y
dentro de mayores ó más reducidos
viduos de aquélla que sobreviven,
gundos que el haber sucesorio es ple
quien lo ha adquirido en vida. Y
precisamente invoquen, con razón

en el capítulo de su programa sucesión, ¡cuán opuestas no f sobre el particular de que tra

Desde los que predicán la via, considerando que no hay comunión social, de la que to é igualmente partícipes de s que quieren abolir la sucesión en favor de los parientes, h rencias vacantes por falta de del Estado; los que se adhiera tad de testar para contrarres restringir las libres prerrogaciendo del individuo simple á cial, hasta los que no quisier hereditario, ya mediante test ley, más que á los unidos por rentesco, para que la famili creen, fuerte y unida, contra mismo que hoy se nota, símbo ción de fuerzas y agotamient desconsoladoras y temibles, h los criterios y opiniones de to

Si no tuviera más apropiad arrollo de las expuestas obser mente enunciadas, muy á nue ver cuán frecuentemente las aun las antiguas rectifican l principalmente en lo que tie trinas de la libertad de test señal indudable de una instab según su influencia en cad

Como preliminar necesario é imp Código en esta primera sección de c rales sobre las sucesiones, antes de mas de suceder *mortis causa*, testada cuantos principios fundamentales, dos formas y precisos aunque no fuer nocer el tecnicismo que después h mucha frecuencia y para formular d las reglas lógicas aconsejan dar co estudio ó desarrollo de cualquier cue tan compleja y transcendental como cho hereditario.

ART. 657. Los derechos á la s sona se transmiten desde el moment

Concordancias. — Análogo al art. 551 dgo de 1851 y al 656 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — Ninguno

COMENTARIO. — El artículo anotado sie principio básico, fundamental, sobre que sucesiones. En él está comprendida toda la desarrollo forma el objeto de los cuatrocientos subsiguientes. Así debe comenzar á ha cesorio, el cual sólo entra en acción después de un individuo ó algo que á ella se le pararemos.

Si no fuera porque venimos siguiendo método exegético en la exposición del Código ahora juntamente el art. 657 y el 661, rederos suceden al difunto, y por el solo h todos sus derechos y obligaciones; porque

cód

a persona única
como éstos de a
Pero de igual su
re escrito en un
ser parientes de
para reclamar h
que, no se olvid
que en un princip

otros completa
madamente, dici
se transmiten
actos anteriores
minadas por la
r la que expresa
ia *se abre* una ve

amente los dere
na persona, sino
culos 659 y 661, i
los bienes, dere
ngan por su mue
hecho de su mu
rt. 1.267 del Cód
túa que los conti
otorgan y sus h
los derechos y
transmisibles
in de la ley.
mportancia el m
artículo, y la nec
es incluyen ent
siones, el destin
ó haber muerto
el caso en que
. Código españo
regular las forn

efectividad plena del derecho sucesorio ó momento en que el heredero entre realmente en el dominio y posesión de los bienes hereditarios, tal circunstancia no impide la aplicación del principio que el expresado artículo contiene, puesto que, según el 980, los efectos de la aceptación y de la repudiación de la herencia se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona á quien se hereda.

La doctrina que exponemos virtualmente está escrita en todo *el* antiguo derecho patrio, y, por tanto, en la legislación *ana*, y principalmente en varias leyes de los *libros 29 y 50 del* *refo*.

La existencia de instituciones condicionales, contradiría el principio que venimos expresando, porque las condiciones suspensivas, principalmente nos referimos, no niegan el hecho del heredero, una vez ocurrida la muerte que simplemente producen la paralización del ejercicio de tal derecho, que ha tenido su disposición testamentaria y con el fallecimiento. Por esto, al que en tal caso se encuentra con condición suspensiva, y, con muy buen español dispone, en su art. 799, que la condición suspensiva no impide al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos, *aun antes de que se verifique su cumplimiento*; pues aun no cumplida la condición, ya heredaron y tienen que transmitir algo que antes no tenían, á saber, la cualidad de herederos con condición. De aquí que no nos parezca muy exacta la doctrina de los Códigos de Chile y Colombia, los cuales, en sus artículos 955 y 956 y 1.012 y 1.013 respectivamente, expresan que si el llamamiento es condicional, se transmitirá el derecho en el momento de cumplirse la condición, á no ser que consista en no hacer algo que dependa de sólo la voluntad del asignatario, pues en este caso se transmite desde la muerte del testador.

ART. 658. La sucesión se defiere por la voluntad del hombre, manifestada en testamento, y, á falta de éste, por disposición de la ley.

La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima.

Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley.

Concordancias.—Análogo al art. 563 del proyecto de Código de 1851 é igual al 657 del de 1882.

quando ome muere, e non faze testamento non es que denia ser guardada en faze los testamentos. La tercera es miento que se rompió por algun fijo non fizo en miente en el tes que fizo el testamento, se dexó ra, que passasse a poder de ac quando faze testamento acaba: aquel heredero non quiere la h

Novísima Recopilación, libro
damos que el testamento que e nado, valga en cuanto a las m contienen, aunque el testador y entonces herede aquel, que a tierra habia de heredar en caso miento, y cúmplase el testamen dar, valga el testamento en las en él se contienen. Y si alguno voluntad por heredero, o le leg que la de a otro alguno a quí manda, si el tal heredero o leg nunciare la herencia o el legad puedan haber todo.

COMENTARIO.—La dejación d muerte pueden hacerla, ó el su: clusiva voluntad, ó la ley, qu testadora subsidiaria. Lo prime fine en el artículo 667, cacto por después de su muerte de todos a segunda forma recibe el nomb nación que ya consideramos co: significar con ella la idea que e tradicional, genuína y exacta: *testato* ó sucesión intestada. Qu testada que aquélla, pues el tes ción, no sólo en la ley natural, sucesión *ab intestato* sólo le ha d ó, mejor dicho, la voluntad pre

de heredero, ó éste muere antes que el testador, ó repudia la herencia, sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer, lo mismo que cuando el heredero instituido es incapaz de suceder. Y hasta, según la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Mayo de 1882, cuando el heredero instituido en propiedad de fincas dejadas en usufructo á otras personas premuere al testador, queda éste sin sucesor testamentario en esta parte de herencia, y los parientes más próximos adquieren derecho á ella por ministerio de la ley.

Hay otra forma de sucesión que participa de los caracteres de la testamentaria y de la intestada, la que algunos autores llaman, por este motivo, *mixta*, ó sea la que comprende el último apartado del art. 658, según el cual, puede deferirse la sucesión, en parte, por voluntad del hombre, y en otra, por disposición de la ley. De esta especie es uno de los casos que antes citamos, es decir, el en que la institución de heredero comprenda sólo parte de la herencia, y la restante se distribuya conforme á las reglas de la sucesión ab-intestato; y, en general, tendrá lugar dicha forma de sucesión mixta siempre que alguna de las cláusulas del testamento no pueda tener aplicación, por quedar nula, ser impracticable, imposible de interpretar ó destituida de todo valor jurídico por cualquier otro concepto.

Dicho último apartado comprende la muy radical innovación introducida por nuestro antiguo derecho patrio en materia de testamentos, que derogó lo que ya venía establecido desde la legislación romana. Tenemos expresado que por el mismo principio de indivisibilidad de la familia y para que el heredero representase en toda su totalidad la persona y patrimonio del difunto, ostentaba, según dicha legislación, un marcado carácter de unidad y universalidad todo lo que á la sucesión testamentaria se refería, con el objeto de que tanto ésta como la intestada respondieran en su manera de ser á tan peculiar organización política y social, como sabemos es la que rigió principalmente en los primeros tiempos del pueblo romano. El heredero nombrado había de representar toda la herencia y ser perfecto continuador de las tradiciones familiares, erigiéndose en jefe de la comunidad, ó de lo contrario, el testamento se invalidaba *ipso facto*, se rompía, se hacía írrito; pues toda esta diversa fraseología se aplicaba á los diferentes motivos por los que la vo-

de su muerte, porque es sabido que el que contrata, lo hace para sí y para sus herederos; y si se necesita de una persona que mantenga y continúe en toda su totalidad y variedad de aspectos la serie de dichas relaciones, que contrajera la persona que ha desaparecido de la vida (relaciones jurídicas que persisten más de lo que dura la limitada existencia de cada individuo), natural es que lo que se adquiriera por el derecho sucesorio, ó sea la herencia, en el sentido que, como más propio, le hemos dado en la introducción general á este título tercero, comprenda, no sólo lo que produce derechos á favor del heredero, sino también obligaciones.

Y no es que el sucesor, al hacerse cargo de una herencia, haya forzosamente de contraer tamañas responsabilidades, principalmente cuando el pasivo sea de gran entidad en el total haber relicto; porque para ello cuenta con recursos y facilidades que el Derecho le proporciona, es decir, con el beneficio de inventario y el de deliberar, por los cuales el heredero no queda obligado á pagar las deudas y demás cargas hereditarias, sino hasta donde alcanzan los bienes de la herencia, no confundiéndose, para ningún efecto, en daño del heredero sus bienes particulares con los que pertenezcan á la herencia (art. 1.023): Mas si la aceptación es pura y simple quedará dicho heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios (art. 1.003).

El beneficio de inventario ha de hacerse expresa y solemnemente, por escrito, ante Notario ó ante cualquiera de los Jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaria ó *ab·intestato*; mientras que la aceptación de la herencia puede resultar hasta de actos que supongan necesariamente la voluntad de aceptar ó que no había derecho á ejecutar sino con la cualidad de heredero; lo cual indica que la adquisición de la herencia en la forma que señala nuestro art. 659 y el 1.003 referido, es la regla general, y la excepción la constituye el hecho de la distinción de responsabilidades entre el causahabiente y el sucesor, con respecto al patrimonio dejado por el primero. Por esto, dicen las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Abril de 1881 y 22 de Septiembre de 1886, que el nombrado heredero que, sin gestionar la partición de la herencia ni aceptarla llanamente, se aprovecha de ella disfrutando bienes que la componen, como lo revela al pagar la contribución impuesta á una de las fincas hereditarias,

La ley
 dor á los l
 ese curad
lante aquel
 les moder
 una ú otr
 tación esp
 misma he
 los crédito
 en alguna
 que existe
 moral «he
 de una he
 cion es á
 hay que p
 mismo ca
 gendra en
 necesidad
 presentaci
 jenar los l
 lógico es
 se lleve á
 reciento, d
 uno de su
 haya sido
 viera yace
 lidad del
 la venta ó
 á su nom

Es una
 que las do
 cosas que
 pueden es
 rio al que
 pertenece.
 jurídica d
 de los artí
 bre una ú
 de herenci

otra que se comprometía concurrieran las circunstancias de la prestación del deber ó la existencia de la obligación, si hubieran tenido existencia en el legislador español al redactar el Código civil, según los cuales, no podrá ser compelido á pagar el deudor, cuando la calidad de la obligación no produce los contratos sólo producen los derechos y obligaciones que son transmisibles ó por su naturaleza. Aquí nos encontramos con restricciones antes señaladas porque la naturaleza de los derechos transmisibles, es la de extinguirse con la voluntad del testador de la voluntad del testador por convenio con otro tercero.

Entre los principales derechos del Código, y que no pasan de ser derechos que supone el matrimonio entre los que se disuelve el art. 52, aquél se disuelve por los que dimanar del usufructo terminan, según el núm. 1.º del usufructuario, en consideración a que engendra el contrato de compra con una persona por razón de la cual se rescinde por la muerte del usufructuario, dando entonces el propietario la proporción del precio con el valor de la ejecución de los materiales reportados algún aleatorio de renta vitalicia en que el deudor se obliga durante la vida solamente por un capital de bienes que le transfiere desde luego con

si bien la madre la ejerce, falleciendo el heredero de éste, sino que por derecho de matrimonio juntamente con aquél, y la acción de nulidad cuando llega á estado de viudez. Por la muerte la acción concedida al heredero por gratitud al, como dice el art. 853, aquél que la ejercitase y de igual modo, no podrá ser ejercitada por propio motivo contra el heredero del deudor si la muerte de éste se hallase interpuesta la del heredero.

Serán intransmisibles por pacto ó nudo pacto del testador aquellos derechos y obligaciones que hubieren mencionado en el título otorgado al tiempo de otorgarse éste, como acciones de nulidad de las partes contratantes convienen en que se extinga, dé fin el vínculo creado entre las partes frecuentemente en el contrato de sociedad, comodato y alguno otro más.

Según los artículos 1.845 y 1.853, el acreedor todas las excepciones que contra el deudor y sean inherentes á la deuda, mas no personales del deudor; y los cofiadores, si ellos haya pagado la deuda, también por las mismas excepciones que habrían contra el principal contra el acreedor, y que no personales del mismo deudor.

Nadie más que el testador, si fué el ofensor, puede, con arreglo á los párrafos 2.º y 3.º del art. 1.º penal, instar la oportuna acción de calumnia, que el primero esté constituido en autor de calumnia á Corporaciones ó á determinadas clases de personas, fueran desacatos, insultos, injurias y calumnias, sus agentes ó los demás funcionarios, si la acción es transferible, sino de naturaleza eminentemente personal, con que la parte ofendida puede repeler la calumnia pable de injuria ó calumnia.

Del mismo modo, y según el art. 1.º del título 1.º de nulidad de las partes contratantes convienen en que se extinga, dé fin el vínculo creado entre las partes frecuentemente en el contrato de sociedad, comodato y alguno otro más.

heredero ó la de legatario producen; pero los verdaderos caracteres distintivos que resultarán, en efecto, que el heredero sucede al legatario á título particular; pero por el vendremos en conocimiento de quién de los dos se adjudica en disposición testamentaria la herencia, es la heredera y cuál la legataria. El Código no suplirán hasta cierto punto. Aumenta la dificultad, que no desvanece la razón de que por el art. 768 el heredero incierto y determinada será considerado como tal, según el art. 891, puede distribuir legados, en cuyo caso se prorratarán los de ella entre los legatarios, á proporción de que el testador hubiera dispuesto otra cosa por el art. 858, podrá gravar con mandatos el heredero, sino también á los legatarios, éstos á responder del gravamen sino hasta del legado. El mismo legislador ve la posibilidad de dificultades de interpretación, porque el segundo, prevé que en la duda de que puesto de sus bienes á título de herencia aquél no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha á título universal ó de herencia.

¿Cuál será, por tanto, la regla ó reglas á que debemos someterlos para distinguir el heredero del simple legatario? ¿Qué ideas hemos de sustituir por las de *á título universal* y *á título particular* para mejor comprender éstas? Repetimos que la cuestión es de suma transcendencia, y privativa de la sucesión testamentaria, cuando el testador no hubiera dado expresamente la denominación de heredero á alguno de los que cite en el testamento, ó se desprenda de una manera indudable en tal sentido su intención. Ya en su debido lugar explicaremos con detenimiento que la voluntad del testador es, antes que nada, la norma indudable de interpretación de las cláusulas testamentarias, tendiéndose siempre, en caso de duda, á hacer todo aquello que parezca más conforme con la intención presunta del testador, según el tenor del mismo testamento.



causahabiente, sino indagando la persona en quien el testador puso su pensamiento con el fin de que le representara en la totalidad de sus actos transmisibles para con la sociedad que le había de sobrevivir, y cuál otra la que consideró exclusivamente digna de una merced particular ó liberalidad, sin otra transcendencia para cuanto se refiere con la personalidad del testador. Creemos, pues, que debe apurarse siempre el investigar el propósito del que es ya difunto; y sólo cuando tal averiguación resulte infructuosa, acudir á otros medios que la suplan y que signifiquen, asimismo, una norma de conocimiento ó presunción de la voluntad testamentaria.

Y ¿cuáles serán dichos medios ó, por lo menos, los más recomendables? Los mismos que encontramos en la legislación extranjera y que, con evidente unanimidad, aceptan los Códigos de los más opuestos países. Efectivamente, la asignación de una cosa determinada de la herencia parece que implica, por parte del testador, el propósito de no hacer al favorecido con una manda, representante de todos sus demás derechos y obligaciones, sino en cuanto afectan á lo exclusivamente donado ó legado, á título particular. Mientras que el nombrado en un testamento sucesor del que lo otorga, en una cuota de la herencia, tercera, cuarta, etc., parte, se supone, por tal forma de designación, que se le quiso adjudicar la continuación de la personalidad jurídica del difunto, gravándole con las mandas y demás cargas de naturaleza análoga. Claro es que en todo esto hay algo de sutileza, algo de violencia lógica; porque, preguntamos con el ilustre Goyena: ¿por cuál motivo no había de poder dejarse por título de manda ó de legado, una parte alícuota de los bienes, en cuyo caso el legatario se llamaba, por Derecho romano, *parciario*, y la manda sufría por necesidad la deducción ó pago de las deudas? Pero es preciso atenerse á alguna norma interpretativa del propósito del testador, y, en el caso de no poder resolver debidamente problema de tan imprescindible solución, además previo á todo otro acto de ejecución del testamento, es preciso acudir al tenor literal del Código, que habla de *título universal* y *título particular*. De toda notoriedad resulta que si el testador, por ejemplo, dice: «dejo la casa número tantos, sita en la calle tal de esta villa, á B; y lo restante de mi herencia á C», ó distribuye parte de aquella en mandas, mencionando concretamente los

luntad póstuma de una persona ó sup la primera no exista.

También, como se desprende del código, pueden ser forzosos y voluntarios. El derecho romano llamaba *suos* (porque *son como una persona é una cosa con el* *suos*, tanto por lo que á ellos se refiere la imprescindible necesidad con que da el testamento al testador, por lo menos ó restricciones; y lo son hoy, según los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos, los últimos respecto de los primeros cuando éstos falten, el viudo ó viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos y el padre ó madre de éstos. Los herederos voluntarios son todos los no comprendidos en las anteriores categorías y definición.

Y con tal carácter obligatorio se impone al testador el llamamiento de la primera clase de herederos, que su preterición en el testamento, sin aparecer desheredados por causa taxativamente escrita en la ley y probada debidamente, anula por completo la institución de heredero, aun cuando valgan las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas; teniendo entonces lugar la sucesión legítima por lo que se refiere á la parte de la herencia no comprendida en aquellas otras adjudicaciones.

Si la herencia está constituida por el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte, y si el heredero representa la totalidad de la persona de su causahabiente, claro es que el heredero deberá suceder á éste en todos sus derechos y obligaciones. La doctrina del art. 661 está virtualmente contenida en el 657, que ya sabemos expresa que los derechos á la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte. Por esto, no vemos muy necesaria la existencia de dicho art. 661.

Damos con tal motivo aquí por reproducidas las consideraciones que, á propósito de la impropiedad jurídica en que, según nuestra opinión, incurrió el legislador al redactar el art. 657, expusimos en su comentario. Impropiiedad que con mayor evidencia resalta en el precepto que ahora nos toca explicar, pues nadie puede considerar como doctrina exacta la de que el heredero, por

igual objeto, es mucho más exacta y adecuada en nuestro art. 661.

Lo indicado en dicho precepto, claro es que juicio de los principios sobre aceptación y repudiación, que hoy son actos puramente libres y que caben en la sucesión testamentaria y en la legítima herederos. De modo que será más aproximado que aquéllos sucedan al difunto en todos sus acciones, al aceptar la herencia simplemente, según el art. 987, los efectos de la aceptación se retrotraen al momento de la muerte de la persona á quien el heredero acepta simplemente, quedará responsable el art. 1 003, de todas las cargas de la herencia los bienes de ésta, sino también con los suyos que supone el precepto que comentamos, como y frecuente, según ya dijimos antes de ahora se verifica con reservas, haciendo uso el heredero de inventario, aquél no queda obligado á pagar sino hasta donde alcancen los bienes de la herencia contra ésta todos los derechos y acciones que tiene y no confundiéndose, para ningún efecto, en dichos sus bienes particulares con los que forman parte del patrimonio hereditario. De modo que no hay en el art. 661 modificación del Derecho anterior, respecto á la aceptación de herencia infundadamente sostienen algunos comentaristas. Dicho acto continúa siendo tan libre, y está hoy para los herederos, como lo fué después de la derogación de Partidas, sobre el particular, por la fama, pues, en nuestro Código, según las reglas que sirvieron para redactarlo, en materia general y aceptación y repudiación de herencia se vieron, con la mayor precisión posible las doctrinas vigentes, explicadas y completadas por la Lógica, pues, es que la responsabilidad del heredero en nuestro art. 661, comprenda solamente el caso en que haya aceptación de herencia sin beneficio de inventario; porque mientras no existe aceptación no hay heredero, y á éste únicamente se refiere el expresado precepto. Por esto, el distinguido jurisconsulto señor Azcárate, cuando la discusión del Código en el Congreso de

cia al momento del fallecimiento del testador, se entiende que ni un solo instante ha que las relaciones jurídicas que mantenía el difunto; *ipso iure*, la sustitución completa se verifica desde que el sucedente exhala su vida material, aunque el sucesor se encargue del caudal hereditario; *le mort saisit le vif*, de los franceses dice el art. 410 del Código que la posesión de los bienes se entiende transmitida al heredero sin interrupción en el momento de la muerte del causante en el caso de que se adiriese la herencia, pues el que válidamente la tiene que no la ha poseído en ningún momento bien se desprende, según el art. 442, que el título hereditario no sufrirá las consecuencias viciosas de su causante si no se demuestra que tuvierse de los vicios que la afectaban; mas los efectos de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante. De suerte que la posesión que va en anejo á la transmisión hereditaria es una posesión civil ó civilísima, como dice el comentarista Goy

II. *De las acciones que competen al heredero.*—El derecho hereditario tiene el heredero que, como tal, únicamente puede ejercitar. Las acciones son la de petición de herencia, *petitio hereditaria*, eminentemente real, que asiste á dicho heredero cualquiera que posea y disfrute indebidamente bienes relictos y aun contra el mismo heredero si antes de la muerte se hubiera apoderado de aquéllos, creyendo que el testamento, lo propio que contra aquel que ha la posesión de la herencia, según testamento que ha sido derogado por otro posterior. El distinguido señor Morató cree que dicha acción no puede darse á poseedores á título singular, por cuanto éste que el universal hereditario, el cual no afirma ni prueba el dominio, ni el cuasi-dominio respecto de alguna cosa poseída á título singular, porque el que la tiene en este concepto afirma su cualidad de dueño ó cuasi dueño de la misma, y hasta ofrece en su título una prueba de alguno de estos derechos. La acción de petición de herencia compete á toda clase de herederos.

parte del Código español, como, por ejemplo, en lo que se refiere al cónyuge viudo y de los hijos, que, aun previsto y regulado en las leyes, hay motivos fundados para atribuir el mismo interés a las sucesiones intestadas. El único reparo que se ha apuntado al capítulo III. Este comienza con los artículos 681 y 682, mas hasta su sexto artículo se refiere a la definición de aquéllos, lo cual no es necesario, estando hablando en los artículos 681 y 682 de un testamento hecho por dementes, y de la capacidad del testador para hacer el testamento. La más vulgar de las objeciones indica que, cuando va á esta materia, sean éstos los que se han de definir, y den á conocer, para que se pueda aplicar la tecnología empleada por el legislador a la necesidad de estar haciendo referencias á tan imprescindibles disposiciones, entonces desconocidas. Los presentes comentarios no tienen esta deficiencia, por cuanto ya en el artículo 681 del título tercero, y en sus parágrafos, se ha consignado alguno de los casos que califican la sucesión testamentaria, y los que primeramente descubren e

que fueren juzga
que han, o los q
rigos, de las cos
das, e si las fici

Idem, lib. II.
orden tomare,
un año cumplid
lo pueda fazer,
nietos o dende a
pinquos.

Partida 6.ª,
fendidos por la

Novísima Re
que el condenac
testamento y e

poder a otro que la haga por el como si no fuere condenado, el
qual condenado y su comisario puedan disponer de sus bienes;
salvo de lo que por el tal delito fueren confiscados o no hobieren
de confiscar o aplicar a nuestra Cámara o a otra persona alguna.

Idem, lib. X, tit. XVIII, ley 4.ª—El hijo o hija que está en po-
der de su padre, seyendo de edad legítima para hacer testamen-
to, pueda hacer testamento, como si estuviere fuera de su poder.

ART. 663. Están incapacitados para testar:

- 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo.
- 2.º El que habitual ó accidentalmente no se hallare
en su cabal juicio.

Concordancias. — Análogo á los artículos del 600 al 603 del
proyecto de Código de 1851 é igual al 787 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, ley 10.ª, tit. V,*
lib. II.—Los mismos que son menores de XIII años, si quisie-
ren fazer manda de sus cosas o otro prometimiento ó por escripto
ó por testimonios, non le puedan fazer, fueras ende si fuere por
enfermedad ó por miedo de muerte. E si por ventura esta coyta
ovieren de X años adelante, puede cada uno dellos mandar de

Pero si ante de tal defendimiento ouiesse fecho testamento, valdria. Otrosi dezimos, que el que es mudo ó sordo desde su nascencia non puede fazer testamento. Empero el que lo fuesse por alguna ocasion, assi como por enfermedad, ó de otra manera, este atal, si supiesse escriuir, puede fazer testamento, escriuiendolo por su mano misma. Mas si fuesse letrado é non supiesse escreuir, non podria fazer su testamento; fueras ende en vna manera, si le otorgasse el Rey, que lo escribiesse otro alguno en su lugar. En esta manera misma podria fazer testamento el ome letrado, que fuesse mudo de su nascencia, maguer non fuesse sordo: e esto acaesce pocas vezes. Empero, aquel que fuesse sordo desde su nascencia, ó por alguna ocasion, si este atal pudiere fablar, bien puede fazer testamento.

Partida 6.^a, tit. I, ley 16.— Refenes dan á las vegadas los omes por si á los enemigos, por salir de catino. E por que estos atales, que son dados en refenes, non son en su poder, por ende non pueden fazer testamento. Otrosi dezimos, que aquel contra quien fuesse dado juyzio por razon de cantiga, ó por razon de ditado que ouiesse fecho contra otro, en aquel dicesse atal mal, porque pudiesse ser enfamado, este atal non podria despues fazer testamento. Otro tal seria si alguno ficiesse testamento cuydando que era libre, si despues fuesse prouado que era sierno, que non valdria su testamento. Esto mismo seria, que non valdria el testamento que fiziesse el que cuydasse ser salido del poder de su padre, si fuesse prouado despues que non era assi. E aun dezimos, que los hereges, despues que son condenados por sentencia de heregia, non pueden fazer testamento, nin aquellos que son jubgados por traydores.

Partida 6.^a, tit. I, ley 17.— Religiosa vida escogiendo algun ome, ó alguna muger, de fazer, assi como entrando en algun Monesterio, ó faziendose ermitaño, ó emparedado, ó tomando otra Orden, este atal non puede fazer testamento; mas todos los bienes que ouiesse, deuen ser de aquel Monesterio, ó de aquel lugar do entrasse, si non ouiese fijo o otros que descendiesen por la liña derecha, que hereden lo suyo. Mas si ese atal ouiesse fijos, ó otros herederos que descendiesen dél puede partir entre ellos lo que ouiera, de manera que de á cada vno dellos su legítima parte, e non más. E si por auentura mas les quisiere dar de su parte legítima, estonce tanta parte dene ser dada al Monesterio, quanto

valece y surte sus principales efectos jurídicos después de la muerte.

Y natural es que así sea, porque no urge tanto comprobar la capacidad del heredero, ni la cuantía de lo relicto, ni el importe de lo que forzosamente debe dejarse y de lo que *motu proprio* se transmite, ni aun la misma forma del testamento ó solemnidades especiales que en cada caso han de concurrir, mientras no se sepa que quien pado dar lugar á todas estas cosas, el propietario de la que va á ser herencia, tenía cabal conocimiento de lo que iba á hacer, poseía el discernimiento de los actos que su libertad y raciocinio proclama como inviolables é indiscutibles, para después que la vida material se extinga.

Este es lógicamente el punto de partida de todo testamento: saber que el que «invoca el nombre de Dios Padre Todopoderoso y el misterio de la Santísima Trinidad», como hermoso testimonio de su declaración póstuma, empieza ya á dar fe del normal estado de su inteligencia y se hace cargo de las augustas responsabilidades que con tal motivo contrae. Por esto se observará que ya en los primeros renglones de toda institución testamentaria, aun en la de menores solemnidades, se encuentran las indispensables frases de *hallándose el testador en el pleno goce de sus facultades intelectuales y con capacidad para realizar el presente acto*; y está bien penetrado todo Notario de que su primer cuidado y exquisita solicitud, antes de autorizar ningún testamento, consisten en asegurarse de la perfecta inteligencia del testador y de que no le afecta ningún vicio que suponga la anulación de aquélla, facilitándole la ley los medios para que pueda cerciorarse de tal extremo, antes de contraer responsabilidades tan graves como las que dan á entender los artículos 687, 705, 715 y otros, que declaran nulo todo testamento en cuyo otorgamiento no se hubieren cumplido las formalidades debidas, haciendo responsable al Notario de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediese de su malicia, ó de negligencia ó ignorancia inexcusables. El art. 685 dice que el Notario y los testigos procurarán asegurarse de que, á su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, y el art. 665, como muy pronto veremos, ordena al Notario que se valga del dictamen garantizador de dos facultativos, para el caso de que un demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido.

hace de los dos sexos para el efectiva, porque no hay motivo alguna intelectual que arguya a las mujeres que en los hombres que negamos, más bien podría pesar de todo, en nuestro mismo han de tener capacidad para cometer cierta disculpa, porque si en la creación de la especie, determinó quizá descubrirse primero en un lugar, convenimos con algún significado una contradicción ante la edad, los veintitrés años, aplicará muchas veces la transmisión de bienes ó de derecho; y en la fortuna de un individuo, todo el de la muerte, basta sólo tener e

Desconocemos las causas que traen diferencias en las disposiciones para un acto de mayor importancia de un testamento que el de la transmisión parcial del dominio de las disposiciones *inter vivos*, más la mayor tranquilidad y reflexión, antes de poder examinar desahogado y las conveniencias que mismo que contrae, que el que, en el momento siempre terrible y atormentado de las resoluciones póstumas bajo tal libertad su ánimo por completo por el cumplimiento de que habla, está muy en su lugar esta observación que algunas legislaciones extranjeras exigen mayor edad que la de la que cumplió aquélla, y no la de la *inter vivos*, disponer de sus bienes por la desconfianza que engendra la carencia del completo discernimiento que supone el mayor desarrollo de las facultades físicas é intelectuales.

más difícil estudio y de mayor dificultad tasación en la práctica; nos referimos á la enfermedad ó alteración ó falta de cabal juicio en el momento. De este modo, en concepto más completa causa de incapacidad, que algunos tratan erróneamente tratan de referir, de modo exclusivo «demencia», á no ser que den á esta palabra otros señalamos á la primera, de enfermedad de juicio. La edad incompleta para testar supone, pero deficiencia de desarrollo, para pequeños; la enfermedad significa desenvolvimiento que con alteración de las funciones cerebrales de la mente, que produce siempre los males peores, que el incompleto desarrollo de las funciones. Estimamos preferible que el Código, bajo la forma viva y elástica de la frase «no hallarse en su juicio» dejado la amplitud necesaria para comprender las alteraciones patológicas que la ciencia investiga con el progreso de los tiempos, como productoras de responsabilidad humana, suficientes á conculcar el juicio á las personas que las padezcan. De esta forma de testar, por tal motivo, quedará somera del parecer imparcial ilustrado, como es de los peritos, que asesorarán, bajo su conciencia, al testador, ó á los parientes, de autorizar un testamento, ó á los parientes, con el objeto de evitar en el futuro las predeplorables contiendas acerca de vicios de voluntad, mucho mejor ignorados, y las consecuencias de un litigio enojoso entre personas unidas por la sangre.

Ya haremos notar en su lugar debido la diferencia entre los artículos 663, 664 y 665, aun refiriéndose á la misma clase de personas incapaces. Por ahí se ve que las clases se conocen de enfermedades

decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere si pridie kalendarum fecerit post sextam horam nocturnam; iam enim complens videtur annum quartum videtur.

dudas y acaso á arbitrariedades. Y en cargo de la necesidad de emplear un término que indique en las personas la falta de cualquiera palabra ó frase es buena, de conviene en el sentido que se le haya de que tienen la sanción común y genera que están en el ánimo de todos, que to mismo modo; pareciendo, en consecuen entre otras muchas que con tal objeto se gar, la más tradicional, la más conocida todos, la de un sentido evidente, pues l rran los faltos de juicio se llaman *de loc* que brota de todo labio, al calificar al palabras de un hombre que ha perdido generalmente aplicable á toda suerte d De esta opinión son los autores que d hojeado, y á ella, igualmente, suscribir primera, asimismo, en correlación con venimos sosteniendo. La frase, pues, de *no hallarse en su cabal juicio*, debemos efectos del comentario, equivalente á la *locura*, si bien dando á esta última pala y comprensión genérica de que antes ha

Entre las clasificaciones de enferme locura, juzgamos más clara, para nuest el citado Mata expone en su referida legistas, como el famoso Casper, enuma y más clases de locura. El insigne Mata se extiende, en Medicina legal, no sólo mente llamados, sino á muchos que no tales, es decir, á todos los que no tiene sentido, pueden dividirse en: locos idiotas, dementes, locos maníacos y locos mones. La imbecilidad son formas congénitas, a su versión y trastorno de las facultades a presenta un tipo negativo, de completa masa cerebral. La imbecilidad compre incompleto de aquélla y presenta variis siempre del mayor ó menor número de

delirantes; tampoco hay nada de particular en ello, como no sea efecto del propio mal. La monomanía manía en un orden determinado de ideas el que padece la primera, respecto de todos los de su razón; fuera del tema delirante que le domina su locura es parcial. Los monomaniacos inculpan aunque discurran bien, partiendo de su premisa que se creen poetas, músicos, dioses, reyes, y monomaniacos agresores, por punto general, y tienen la inteligencia íntegra; el delirio reside, y en un instinto ó sentimiento, que está abolido, es tido.

Hacemos estas referencias, de la manera más oficial que nos ha sido posible, á los tratados de derecho porque las conceptuamos indispensables para el núm. 2.º de nuestro art. 663, que, sin ellas no se puede entender, porque la frase *«falto de cabal juicio»* abarca, que resulta verdaderamente imposible verlas sólo con el auxilio de los conocimientos por qué en toda esta materia es de todo punto necesario consultar en su profesión, y á los Tribunales para separarse del ilustrado concurso de las ciencias, en cual podrán siempre resolver los casos concretos, para haber ó no de incluir en el cálculo del expresado concepto general una determinación mental que se observe en el testador.

Con arreglo á tales consideraciones generales, cada vez más comprobadas por la experiencia, los problemas planteados por los tratadistas, de personas dominadas por pasiones vehementes, el suicida, el apoplético, el que testa en la misma vida, etc., etc., son capaces de testar con conciencia de lo que van á hacer y de su transcendencia, que siempre habríamos de dar nosotros al examen, y la que cada uno de dichos problemas, y la que los especialistas en la materia, sería siempre la misma, de examinar y comprobar si en cada caso existe el cabal juicio, sujeta á observación, para resolver, en conciencia, lo acertado y justo. Y esto, ¿quién mejor puede y

todos éstos les falta su cabal juicio para poder debidamente testar. Insistimos una vez más en que lo que precisa comprobar es si existe aquella normalidad mental que, con muy buen acuerdo, pide el Código en frase general y deducir la incapacidad cuando la primera no exista, cualquiera que sea el motivo que haya producido tal resultado. Por esto son tan corrientes é indispensables, tratándose de los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte del testador, á que se refiere el art. 700 del Código, cuando, por acto de jurisdicción voluntaria, van á elevarse á escritura pública, las preguntas que ha de hacer el Juez á los testigos, de si aun hallándose el testador muy próximo á sucumbir, al parecer, gozaba, no obstante, de completa lucidez en sus facultades intelectuales, dándose cuenta de lo que hacía.

Téngase muy presente que abundan hoy, por desgracia, actos forzados de última voluntad, provocados por personas, al parecer, muy amantes del moribundo, que, ni aun ante los augustos momentos de la última hora, saben supeditar sus egoístas y bastardos impulsos de interés á los de legítima compasión y duelo que produce el espectáculo de una cámara mortuoria, y proponen fría y desconsideradamente al que está en las agonías de la muerte lo que desean que aparezca como su última voluntad, exigiendo sólo de aquél un obligado y apenas perceptible monosílabo de contestación, en conformidad casi siempre con los deseos de los preguntantes, que habilidosamente le interrogan, ya previniendo la respuesta, y no quedando la plena seguridad de si el agonizante ha proferido uno de dichos monosílabos ó, por el contrario, un suspiro ó gemido propios del padecimiento que le aqueja. ¡Quién fuera capaz de contar las disposiciones testamentarias que de propósito se dejan para última hora, con el objeto de aprovechar los beneficios del expresado art. 700, sin que haya de molestar la presencia del inoportuno Notario, y en cuyas circunstancias el testador, pendiente de la salvación del alma, que siempre entonces, y dígase lo que se diga, es lo que principalmente preocupa y sobrecoge el ánimo, y atormentado por los desfallecimientos y torturas corporales, muy poco ó nada es lo que le importa el destino que ha de darse á su fortuna después de la muerte, por lo cual complace sin trabajo á los officiosos y despiadados parientes y amigos que le rodean con cariño bien

diclia jurisprudencia, aplicable lo mismo al Derecho anterior que al Derecho vigente, se refiere á los testamentos ya otorgados, los cuales, después de fallecido el testador, pueden combatirse por la acción de nulidad, acreditando el impugnador la incapacidad intelectual del que lo otorgó; sin lo cual se entenderá válido y producirá todos sus efectos jurídicos; porque lo normal es siempre la regularidad de las funciones mentales en el individuo y lo excepcional la falta ó imperfección de la razón.

Aun teniendo aspecto de interés público todo lo que atañe á la testamentifacción activa, si el heredero y demás partícipes de la herencia ó los que pudieran tener su condición jurídica relacionada con el testamento, implícitamente acatan la validez de éste, en todas sus partes, no es procedente ni posible que cualquiera tercera persona, á no ser el Estado por lo referente á las sucesiones que, en su día, pudieran llegar á declararse vacantes, se convierta en denunciadora de incapacidades ó irregularidades, siempre que no mediere la suposición de la existencia de un delito público. Y las contingencias que prevé el art. 665 se refieren á los que van á otorgar testamento, no á los que lo han hecho ya. El art. 3.616 del Código de la República Argentina expresa perfectamente nuestra opinión en cuanto dice: que la ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario; al que pidiese la nulidad del testamento le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador, algún tiempo antes de testar, se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo otorgó en un intervalo lúcido.

De otras incapacidades hoy abolidas.—Han desaparecido ya de nuestro Derecho civil las incapacidades relativas á los pródigos, pues éstos hoy, según la importantísima declaración del art. 32, conservan lo mismo la personalidad civil, que sólo se extingue por la muerte, y son susceptibles de derechos y aun de obligaciones, cuando éstas nacen de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero; y la declaración de prodigalidad, según el artículo 221, alcanzará sólo á los actos que se determinen en la sentencia, sin que el Juez pueda nunca llegar á comprender el de la prohibición para testar, por no extenderse sus facultades á tanto como infringir abiertamente prescripción tan terminante

Por el art. 38 de la ley de 8 de Marzo á las monjas que continuaran en el Concordato de 1851, sin embargo, la ley de 1837 ya citada, dió á entender que debían testar individualmente, sino así vino á declarar el Real decreto de 25 de Julio de 1868, dictado de la Real C.ª de Sanidad, dispuso en su art. 1.º que subsistiesen todos los actos de dominio que hubieran ejercido individualmente ántes de las disposiciones de 29 de Julio de 1839, desde entonces reduciendo aquéllos todos los efectos á lo dispuesto en el artículo 3.º un plazo de tres meses para que las personas que hubieran adquirido y declarando que después se hicieran, aunque otorgados con la facultad de adquirir y disponer. El decreto-ley de 15 de Octubre de 1876, al disponer que las propiedades calificadas por sí, bajo sujeción de presentarse á inscripción otorgadas individual ó colectivamente, y subsistente la legalidad de 15 de Octubre de 1837, que fué lo vigente respecto activa como pasiva, de las monjas, se empezó á regir nuestro Código civil indirectamente la sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Noviembre de 1871, al declarar que quedaba á prevenir que la mujer que entraba en un convento dentro de un año, fué

según el artículo 16 del Concilio Tridentino, *De regularibus*, que fué confirmado también por la ley de 29 de Julio de 1837 y el Real decreto de 25 de Julio de 1868.

Los arzobispos y obispos, según el artículo 1.º, no podían tampoco testar de los bienes de las iglesias, ó sea de los bienes llamados *patrimonio* de los clérigos. Mas por los artículos 31 y 32, confirmando un Real decreto de 1844, les permitió testar de todos

K
u
fa
u
u
u
u
p
u
re
di
si
le
di
u

p
d
q
c
e
e
e
d
t
u
u
d
e
h
h
e
h
p
t

rio dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los Facultativos además de los testigos.

Concordancias.—Análogo al art. 600 del proyecto de Código de 1851 y al 739 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

mentifacción. Dice, en el mismo, § 1.º, tit. XII, libro XXVIII del Digesto, que un intervalo lúcido es válido de su locura (*testamentum valebit*), porque la locura momento ni ningún otro según los autores la razón de tal del derecho de hacer testamento, está imposibilitado.

El *Fuero Juzgo* afirma que *sanidad, lo que ficiessen en aquél*. Igual declaración se encuentra y hasta la 11, tit. V de igual siones testamentarias cuando le nombró sustituto, recupero no existe legislación extraraciones, en una y otra forma.

El art. 665 tiene aplicación por los Tribunales, como a la teoría que sustentamos.

Tratándose especialmente al intervalo de lucidez aquel y obra con completa cordura objeto ó motivo de esas alusiones el ilustre Mata, en su (tomo II, § 471), que para heredar, administrar bien se hace indispensable independencia, que es una enfermedad Proteo. En efecto, un sujeto, el mejor de los músicos, ridículo y lástima, un infelice una injusticia negarle sus negocios, velar por sus intereses de ese efecto, como servicios, pasiones y achaques en globo, en el fondo, el cuerdo. Pues bien: si llama

Una sentencia de 7 de Diciembre de 1866 que, en vista de la prueba practicada, estimó hallaba en la plenitud de sus facultades intestamentarias, y declaró que el testamento que hizo de hacer su disposición testamentaria, quedaba válido al terminarlo, y declara dicha disposición testamentaria, no infringe las leyes. Esta doctrina, necesita aclaración ó interpretación, por el publicista español, si la enajenación se produce testado sobre lo que constituye la parte esencial del patrimonio, entonces no existe éste, sin haber necesidad de más; ni válido; pero ocurriendo que el testamento que únicamente falta la firma, aquél será válido, entonces la sucesión *ab-intestato*.

Las sentencias de 30 de Marzo de 1867, 1.^o de Octubre de 1869 y 5 de Octubre de 1867, en que al establecer la ley de Partida que en memoria *non puede facer testamento mientras vivo*, limita su prohibición al tiempo que el enfermo vive; en cuestiones de esta naturaleza, que debe servir de fundamento para la aplicación intelectual en que la persona se halle al celebrarse el testamento, puede admitirse, de modo tan absoluto, como legal, que el demente no pueda ejercer ninguna rehabilitación; antes por el contrario, es opuesto á la ley de Partida citada, la cual permite de testar sólo al tiempo en que el enfermo no sufre de una imposibilidad de su inteligencia, sin someter la calificación á una rehabilitación previa, y le faculta para testar en los lúcidos intervalos en que re-

El art. 865 eleva á la categoría de precepto una muy análoga práctica que venia ya realizada por la experiencia y por tratadistas españoles del Derecho, á saber: la de que, en los in-

otorgar testamento, anscribiendo y firmando el de su referencia los dos expresados facultativos, á pesar de lo cual el Tribunal Supremo declara que nuestro art. 665 no prohíbe ni se opona á que, acerca de la capacidad del testador, se aduzcan las pruebas, decidiéndose, en vista de ellas, la cuestión litigiosa que se promueva, como reiteradamente lo tiene declarado mismo Tribunal con anterioridad á la promulgación del Códig-

al tiempo de otorgar testamento, porque así terminantemente lo preceptúa la *ley 4.ª, tit. XXVI, Part. 7.ª*

La sentencia, congruente con el Derecho antiguo, del Tribunal Supremo de 30 de Marzo de 1867, interpretando la citada ley de la *Part. 6.ª, 13 del tit. I*, declara que el hecho esencial que en toda cuestión debe servir de fundamento para la aplicación de dicha ley es el estado intelectual del testador en el momento de testar.

El precepto que comentamos está en lógica relación con el principio que varias veces establecimos en estos estudios, sobre el derecho de sucesión testada.

Aun no produciéndose la efectividad del mismo sino por el fallecimiento del testador, el nacimiento y origen de tal derecho tuvieron lugar en el acto de la manifestación voluntaria, al cual se refiere el art. 666; pues el testador sólo es tal en ese momento, y si se respeta su voluntad es en cuanto como propietario la ha manifestado entonces, libre, espontánea y conscientemente. Después, ya no será él, sino las circunstancias de la vida las que determinen y produzcan los respectivos efectos; así como el heredero no se manifiesta hasta que ocurra la desaparición de la persona á quien va á sustituir; por esto el art. 758 dispone que para calificar la capacidad del heredero ó legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate.

SECCIÓN SEGUNDA

De los testamentos en general.

Bien puede considerarse esta sección segunda como la encargada de afirmar los principios generales que rigen en toda clase de testamentos, sin que por eso una rigurosa crítica deje de encontrar en otras secciones tal clase de principios, aplicables también á las diversas formas de testar. Aquí, no obstante, se encuentran los más principales, que, cual sus análogos, como ya tenemos dicho, debían formar la sección inicial, que precediera á todas las otras y aun á la que trata

palabras fué tomado el nome del testame
e se prone ordenadamente la voluntad
tableciendo en el su heredero, e reparti
manera, que el tiene por bien que finq
muerte E tiene gran pro á los omes el
fecho derechamente: ca luego finelga el
fizo, e tuellense por el desacuerdo que pe
parientes, que ouiessem esperança de here

COMENTARIO.—Elocuente y concisame
bio en el proemio y título inicial de la
tancia y transcendencia del testamento
*dixeron los sabios antiguos que pasan su
fazendo bien su hacienda, tomando guarda
pleytos, que ponen unos con otros. Mas may
grande seso los que al no finamiento salian
tal recabdo, de que ellos ouiessem placer: e
e fincaua despues de su muerte lo suyo, sin
sus herederos.» «Testamento es una de las co
deuen los omes auer cordura quando lo faci
nes: la una porque en ellos muestran, qual
tad, e la otra, porque despues que lo han
pueden tornar otra vez á enderezarlos, nin*

Indudablemente es angusta y casi se
habiendo vivido ordenada y tranquilame
ticia de los medios que la Naturaleza pus
plir los fines terrenos que le están presc
carrera y pisa los umbrales de la eteruid
ni pesares del mal obrar, dando reglas
dignas de eterno respeto el momento y
para que continúen inquebrantables las
y se anuden otras que fortalezcan los le
amistad y de los intereses económicos cre

¡Qué misión tan hermosa y digna de
del bien decir, la del padre que, rodead
desde el lecho de agonía y bajo la garantía y autenticidad que
ofrece la presencia de un fedatario, con las lágrimas del dolor,
pero con la lucidez propia del que comprende la solemnidad del
acto, da consejos amorosos á la que fué su compañera de dichas

tar su patrimonio; además, no constando de casos y circunstancias en que se designara para sucederle, no podría apreciarse destruiría el principio de utilidad en la parte al que tuviese mayor necesidad que viese ninguna, ó se privaría á los hombres que pueden esperar en sus necesidades.

El testamento es incompatible con la sucesión colectiva de la propiedad. Por esto que donde haya existido un asomo de propiedad colectiva reconocida la idea de la sucesión es menos análoga á la ya mejor organizada de los egipcios, los indios, los hebreos, no comparada principalmente en los primitivos tiempos la organización *sui generis* de la familia, por donde los pueblos antiguos, borraba la idea de dominio de las cosas disfrutadas aisladas que, considerada la propiedad como institución para realizar y asegurar la organización de aquellos pueblos, los bienes relictos por testamento continuaban perteneciendo á éste, y en su nombre por lo general, según prevaleciese ó no en la cultura) que la representara, para que con la sucesión del patrimonio, no se desmembrase e integridad que á todo trance había de conservarse íntima conformidad con esta nuestra observación, afirmando el testamento, como creen aventurados sólo porque el progreso de los tiempos lo destruyéndolo como forma científica más adelantada de la sucesión *ab-intestato*. El testamento es bien primitivo de la Historia; un autor Abraham (según refieren las Sagradas Escrituras para morir, dejó todos sus bienes á su hijo Isaac, *Génesis, versículo 5.º*); y el en que fué instituido el testamento, con exclusión de su hermano Jacob, *lib. I, década 1.ª*). Las Instituciones de Justiniano, *libro 1.º, título X, libro II*, bien claro nos dice que había en uso dos clases de testamento: uno para la guerra, y otro para el reposo, que se llamaba *calatis comitiis*; y

se haga después de su muerte, y cuyo proye-
mente toda su eficacia y valor jurídicos de-
ocurre dicha muerte, por lo que se refiere
testador, pero no á la de los herederos y
desde entonces, pueden manifestar su int-
derechos y obligaciones que de tal condici-
guna ley les fuerza á ello.

Ni tampoco cabe apreciar la consideraci-
algunos jurisconsultos, de que la socieda-
testador para cumplir sus ruegos, bajo la
niendo aquélla una existencia constante
individuos, no faltando á sus deberes por
frecuencia inducen á ello dichos indivi-
datos del testador no dejarían, á su muerte
por otra persona, con igual interés al suyo
esta hipótesis parece inclinarse el tratadista
su ya citada obra *Essai sur la véritable origine*
al expresar que el testamento es una tre-
que el concurso de las dos partes, en el
miento de aquélla (por falta de la presen-
racteriza, en general, los actos contracti-
segura garantía de sus efectos), está ree-
cuanto á una de ellas, el testador, por la
el mantenimiento y ejecución del testame-
una orden ó una súplica dirigida por un mo-
en cuanto al empleo que él desea que l-
para después de su muerte. Aparte de que
á la realidad de las cosas, porque no se ve,
referido, en la ejecución de los testamentos
la sociedad desempeña esa misión protect-
se le adjudica con sólo abstractas aparienci-
albacea ó ejecutor del testamento, aun rep-
no puede con su intervención dar lugar á
ninguna especie, que no procedan de las mismas causas test-
mentarias ó que virtualmente no estén comprendidas en ellas, y
porque no conviene el concepto científico del contrato con esa
transmisión bilateral, en que ni las partes contratantes son per-
sonas determinadas y con existencia jurídica concreta, ni tam-
poco determinado el objeto sobre que han de versar las rela-

á velar por la suerte y porvenir de las personas por los de las cosas. Leemos en un distinguido lituyen de ordinario la materia propia de la misión de fe religiosa, disposiciones piadosas, sobre paternidad y filiación de hijos, fundación de confesión de deudas, guarda y custodia de manifestación de los más íntimos secretos de fe culpas, restitución de depósitos, licencias y determinados actos, consejos é indicaciones dote y otras muchas más disposiciones importantes es el documento público y solemne hecho el balance de su existencia, deposita mientos y manifiesta sus deseos postreros, ex miento á los que le sobreviven. Y nuestro n para que no se diga que nos elevamos solamente teóricas, contiene bastantes preceptos indicados en el testamento se puede disponer de algo más que el mero 3.º del art. 45 autoriza al padre de la familia para que, en testamento ó escritura pública, el tutor ó sus descendientes antes de que, fenecida la tutela, se aprueben las cuentas del cargo.

Según el art. 131, el reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en testamento ó en el acta de nacimiento ó en otro documento público: Y produce tales efectos el hecho en la primera forma que, según el art. 741, el reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo. El art. 168 regula el caso de que en su testamento hubiera previsto el marido difunto, padre de los hijos que quedan bajo el cuidado de su madre, que ésta pasare á segundas nupcias, en cuyo caso se ordena que la misma conserve y ejerza la patria potestad. Los artículos 204, 206 y 207 autorizan al padre para que éste, en su testamento, pueda dejar tutor y protutor á sus hijos menores y á los mayores incapacitados, ya sean legítimos, ya naturales reconocidos ó ya alguno de los ilegítimos á quienes está obligado á alimentar; correspondiendo igual facultad á la madre, aunque, si hubiera contraído segundas nupcias, el nombramiento que hiciera para los hijos del primer matrimonio no surtirá su efecto sin la aprobación del consejo de familia, y

por las vacilaciones y erróneas consecuencias. La nota referida de *«revocable»* distingue las disposiciones testamentarias, según el art. 623 del Código, en que el donante conoce la aceptación del donatario, y otros motivos de revocación que los trae en las leyes, de la superveniencia de la muerte del donatario alguna de las condiciones, y de ingratitud en que el primer testamento es el último. La voluntad del testador es alguna para poder modificar sus disposiciones, y en la forma que su capricho y su tiempo mejor, aunque el primer testamento con todo el conjunto de mayores solemnidades. Derecho. ¿Qué razones, pues, de tan poca existencia para que se despreciara el principio que del testamento da el proyecto considerando, ante todo, aquél como un *testamento revocable*? Las ignoramos.

Siendo de rigor en la ordenación de la forma de determinados requisitos formalmente prescrito que aquél sea nulo, falta á la nota diferenciadora de acto *«solemne»* más sencilla de testar, que será la exigencia de muerte, requiere, por lo menos, que constituyen la garantía de veracidad necesaria para que sean creídas las últimas voluntades del testador. Los testamentos hechos en campaña de guerra por un militar ó marino han sido, por lo menos, dos testigos, y además, un Oficial que tenga la categoría del buque ó el que haga sus veces. Pueden representar formalidades ó solemnidades como la condición de que éste sobreviva a la muerte de quien lo otorga, circunstancia esencial, debió haberse incluido en el precepto que comentamos, sin que los destinados en el Código abundantes variedades de solemnidades que cada forma

unidas por cualquier clase de intereses». las ventajas de la concisión, tratándose de supeditamos en muchos casos, como en claridad y rigor lógico. De esta suerte, de cido tributo á las elegantes, aunque por es definiciones de Modestino y Ulpiano, seq testamento es *voluntatis nostrae justa sen post mortem suam fieri velat* (inserta en la *ley del Digesto*); afirmando el segundo que *testrae justa contestatio, in id solemniter fac leant*, cuyo espíritu siguió el Rey Sabio pi y etimología á que se refiere la ley anotada en los *Precedentes legales*.

Según el artículo que explicamos, un pobre de solemnidad que careciese de todo medio de fortuna, estaría incapacitado para otorgar testamento y habría que unir este motivo de incapacidad á los que dejamos ya estudiados en el comentario del art. 663; lo cual representaría una cruel injusticia para con el que, desvalido de toda clase de intereses materiales, conserva, sin embargo, tesoros de cariño que ha de traducir en consejos y amonestaciones para sus descendientes y deudos, lecciones de la experiencia que hará valer, por ejemplo, en la designación de persona que represente su autoridad paterna (ya que otra cosa no puede legar) ante los sometidos todavía á aquélla y en el reconocimiento de sagradas deudas morales que más imperiosas y exigentes se presentan en los postreros momentos de la vida, y, por último, y principalmente, recomendaciones y ruegos relativos á su cuerpo y á su alma, de cuya propiedad nadie habrá de despojarle, por muy extrema que sea su miseria en los demás órdenes de la vida. Para esos desposeídos del festín de la vida estarán entonces más bien dedicados y escritos los artículos del Código, ya extractados en este mismo comentario, que autorizan al testador para dejar dispuesto en su testamento algo que no se refiere á bienes, derechos y obligaciones impuestos sobre aquéllos. Y justo es que como único consuelo á su mísera condición social, se les deje ese resto de consideración á que es acreedor todo el que como ser humano se distinga. Con convicción, pues, sostenemos que pueden darse testamentos en que para nada se trate de bienes, ya que no de conformidad con la anómala definición del art. 667 del

PRECEDENTES

Ciertamente, deue el
quiere establecer por
sea mio heredero (no
en todo, o en parte,
aumentara el testador
dero, cumple esta por
que si fallasen escu
(nombrandolo el tes
Fulano sea, e non fi
establescimiento que
esto es, porque sosp
del testamento auria
establecer el hereder
Otro si; si por aumen
que esta mengua au
non por otra cosa; p
das las otras cosas.
escrita en el testam
dixesse: Heredero, e
testamento: porque
ta sospecha, nin ent
mento. E sobre todo

dero se puede aun fazer por otras palabras; assi como si dixesse
aquel que lo fazia: Fulano sea mio heredero, o quiero, o mando
que lo sea, o si dixesse: Fulano sea Señor de todas mis heredades,
o aya todos mis bienes, o dexol todo lo que he, o otras palabras
qualesquier, semejantes destas, por que se pudiesse mostrar su
voluntad en esta razon.

Ley 13.ª, tit. III, Part. 6.ª— ...Otro si, dezimos, que seyendo
cierto el fazedor del testamento, qual es aquel que establece por
su heredero, o a quien manda algo en el testamento, maguer erra-
se en el nome, o el sobrenome del, valdria lo que assi ordenasse,
o mandasse. Ca por tal yerro como este, non se tuelle la verdad,
pues que cierto es de la persona de aquel a quien haze la manda,
o dexa por su heredero.

Ordenamiento de Alcalá, tit. XIX, ley única.— ...Et el testa-
mento sea valedero en las demandas, e en las otras cosas que en
el se contienen, aunque el testador non haya fecho heredero al-

según le plazca, y si
 ser ya hoy necesario
 el testador invista e
 á uno de los que le s
 gravarles con mand
 hasta éstos mismo
 nada, serán conside
 otra parte.

El Código francés
 podrá disponer por
 de heredero, con el
oportuna para expre
 porta la denominaci
 su testamento, no si
 de pronunciarse pre
 gatorio para design
 gular del premuert
 nes testamentarias
 á los preceptos de la
 el testador puede h
 de que esta calificac
 leza real de la disp
 prevalecer la volunta
 oia repetiremos al t
 testamentos; y con
 ejemplo, habiendo ll
 quiere le represente
 como del pasivo de l
 formal denominació
 nal y legal, como un
 espíritu de la disp
 porta conocer y res
 subrayadas del artícu
 constituyen idea co
 comentamos, todas l
 tima voluntad de una persona tienen sólo forzosamente que ser
 ó á título universal ó á título particular, sin que quepa salirse de
 estos dos ineludibles términos: ó el testador deja toda su heren-
 cia ó parte determinada de ella al sucesor, ó solamente le trans-



2005-1724
2005-1724



artículos 747, 749 y 751, pues, según ellos, si el testador dispusiere del todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, *haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación*, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Diocesano para que lo destine á los indicados sufragios y á las atenciones y necesidades de la Iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los Establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto, para los de la provincia; considerándose limitadas á los pobres del domicilio del testador, en la época de su muerte, las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, si no constare claramente haber sido otra la voluntad de dicho testador; y entendiéndose hecha en favor de los más próximos en grado la disposición genéricamente establecida en favor de los parientes del testador. Pero siempre resultará (así al menos creemos que debe parecer la interpretación armónica de los artículos 670, 671, 747 y 749) que el comisario ó mandatario tiene libre el ejercicio de sus funciones entre los pobres ó establecimientos de beneficencia ó piadosos de la localidad del testador ó de su provincia.

Bien puede desempeñar las facultades de comisario el albacea ó albaceas nombrados en el testamento; en cuyo caso y, según el artículo 907 del Código, cuando tal nombramiento tuviera por objeto dar á los bienes hereditarios la inversión ó distribución que el testador hubiere dispuesto, rendirán aquéllos sus cuentas al Juez.

El comisario ó mandatario, en el caso del art. 671, está llamado, según el 992 (párrafo 3.º) á aceptar la herencia en nombre de los pobres designados genéricamente herederos ó legatarios por el testador; en otro caso, deben hacer tal aceptación los albaceas; y, si tampoco hubiera éstos, el Párroco, el Alcalde ó el Juez municipal, los cuales resolverán por mayoría de votos las dudas que ocurran.

La herencia se entenderá entonces aceptada á beneficio de inventario.

Guarda asimismo consonancia con el punto que examinamos la disposición del art. 1.057 del Código, por la cual se autoriza al testador para someter por acto *inter vivos* ó *mortis causa*, parti después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición

de heredero en favor del que más idóneo entre los que haya dejado el testador, su cado éste. Pero si los hijos ó descendientes de edad al tiempo del fallecimiento hallasen en disposición de poder casarse, que han de hacer la designación del heredero cumplieren la edad y en el término de plazo tienen los comisarios, á contar desde el fallecimiento, cuando los hijos ó herederos, en tal de edad y pudiesen casarse. Si alguno de ellos no cumple su encargo, éste se refunde en el de los demás.

En Cataluña y Navarra no se conoce el testamento nupcial.

ART. 672. Toda disposición que se haga de heredo, mandas ó legados ha de hacerse en cédulas ó papeles privados. Si después de su muerte aparecen en su domicilio otros papeles que no sean los que se menciona en la cédula ó papeles no admitidos para el testamento.

Concordancias. — Igual al art. 560 del de 1851 y al 667 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — Ninguno.

COMENTARIO. — *Validez de las memorias.* En el artículo anotado comprobada la esencia de las que adjudicábamos al testamento según nuestro modesto criterio. El testamento era un acto solemne, tomaba un sentido relativo, es decir, concurriendo en él el mayor ó menor número de formalidades indispensables para que la manifestación de voluntad ofrezca todas las garantías necesarias de credibilidad. Pues bien: á eso tiende también el artículo que nos ocupa, á procurar que no sean en adelante admi-

consulto Sr. Gutiérrez (*Códigos ó Estudios de Derecho civil español*), donde exista el testamento, la memoria testamentaria ni aun la exco-
 el concepto que aquélla representa sub-
 legislación, ya que el artículo que estudi-
 dad de que un testador en su testamento
 les ó cédulas privados, considerados co-
 relación inmediata con sus demás dispo-
 modo que la memoria testamentaria se
 elevándola á otra categoría de mayores.
 Podrá decirse que su otorgamiento da
 otro nuevo testamento solemne, perfect
 Código aun para casos de mayor impor-
 forma, en la esencia, quedará la idea de
 mentaria, complemento y aclaración de
 gada.

No puede señalarse con exactitud el
 á que deben su origen las memorias tes-
 clara la sentencia del Tribunal Supremo
 además de existir, en apoyo de aquélla
 jurisprudencia, las ha reconocido como
 legislador, en el hecho de haber preser-
 los 1.398, etc., de la ley de Enjuiciamie-
 protocolización, reglas que no es lícito g-
 sorias. Todos los autores convienen, en
 remediando un estado de cosas que la
 cargó de que prevaleciese una manera d-
 para satisfacer los deseos del testador,
 respetables, quisiera dejar hasta últim-
 ideas ó mandatos que al principio no est-
 ría dar á conocer, la manifestación de se-
 quien, en ocasión para él más propici-
 sin necesidad de recurrir al otorgamien-
 por tanto, más molesta, dispendiosa y
 con Escribanos, testigos y demás formali-
 sidad la reconoce hoy el legislador, al
 testamentaria, por lo menos, se haga co-
 tamento más sencilla y más al alcance

El ilustre jurisconsulto D. Manuel C-

de Toro,
 tan cono
 arrancara
 querido f
 pudieran
 cindiera e
 la parte p
 blevado e
 los que q
 todo lo q
 precaucio
 minadas
 contrato,
 semejant
 tarle con
 redactors
 cer, segú
 dice que
 tivas, tes
 terias pre
 en la ley
 mos moti
 más que
 tamentar
 que difer
 se ha hec
 misma fo
 los incon
 que sea h
 morias te
 reforma d
 ticular la
 rio, que
 estaba en
 zación, al
 sujeto á

Según
 mentaria
 indica el

gado,
ción
la cau
mente
ciente
moria
legíti
provi
despu
hasta

Lo
testar
y son
el ext
gamie
expre
bajo
nadas

Re
mient
rarjan
dor, a
mano
paran
ológr
cual
testar
produ
ciones
refrie
el tes
nia, e
testar
benef
mente
por el
ciado
que f
dice e

dor contra una forma de testar, si bien digna de alguna desconfianza, tal como antes la conocimos, por los abusos que indudablemente ocasionaba, admitida hoy como necesaria por el mismo legislador; quien, por tanto, debía limitarse á resguardarla de peligros y á defenderla contra verosímiles adulteraciones, no más posibles ni frecuentes tratándose de menores de veinticinco y mayores de catorce años.

¿Sólo tienen hoy cabida en las memorias testamentarias disposiciones referentes á institución de heredero, mandas ó legados, como dice el art. 672; ó, por el contrario, cabe en ellos todo lo que se admite en el testamento, es decir, la manifestación de la última voluntad del testador en cualquiera de los órdenes de la vida y necesidades que aquél sienta? Creemos que lo último es lo más exacto, y que las frases referidas que emplea nuestro art. 672 están puestas sólo como ejemplos; mucho más teniendo en cuenta que para otorgar una memoria testamentaria se necesita hoy otorgar un verdadero testamento, un testamento ológrafo; y sería una duda del todo impertinente la de preguntar si en uno de dicha clase puede cualquier testador, que tenga las condiciones requeridas por la ley, disponer todo lo que se le antoje, sin más que atemperarse á las restricciones generales señaladas por el Derecho. De suerte que, bajo las indicaciones ó anuncios hechos en el primer testamento, está facultado el testador en una cédula privada, para nombrar tutor á sus hijos ó descendientes, reconocer á un hijo natural, nombrar albacea ó comisario encargado de ejecutar lo que prescribe el art. 671 del Código, dar recomendaciones en cualquier sentido á su familia de lo que ha de hacerse, ocurrido el fallecimiento; en una palabra, no deben limitarse sus facultades de disponibilidad á nada que no esté ya de antemano asimismo fijado para el que otorga un testamento. Lo propio ocurría según la anterior legislación, como ya tenemos dicho, y eso que las formalidades eran entonces en menor número y de menos importancia.

La protocolización de las memorias testamentarias no debe practicarse hoy día según los trámites de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, sino con arreglo á los preceptos procesales que nuestro Código señala para protocolizar el testamento ológrafo que es, al fin y al cabo, á lo que vinieron á quedar reducidas actualmente las cédulas ó papeles privados; y, por tanto, á l

inconcusa la :

deben cumplirse cuando se encuentran en la forma que resulta del testamento y no ofrece dudas su autenticidad; y, por consiguiente, el estimarlas válidas no supone infracción de la *ley 80 del Código, De testamentis*, la *nota 33 de la misma ley*, las *leyes 4.ª á 7.ª, tit. XXIX, del Digesto*, ni la *4.ª, tit. XXXII, libro sexto del Código*.

Por lo que se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Octubre de 1866, las cédulas testamentarias existen en el Derecho foral de Cataluña, pues en uno de los considerandos, combatiéndose apreciaciones en sentido contrario del apelante, se declara que dichas cédulas toman fuerza del testamento, y, consiguientemente, no necesitan de las solemnidades de éste; por lo cual, al darse valor y subsistencia á una cédula por la Sala sentenciadora, ésta no infringió, entre otras leyes que se citan por el recurrente, la *1.ª, tit. I, libro sexto, volumen segundo de las Constituciones de Cataluña*; el *art. 3.º de las Reales Ordenanzas de 24 de Julio de 1755*; la *ley 28, tit. XV, libro séptimo de la Novísima Recopilación*, y las sentencias de 22 de Octubre de 1861 y 25 de Enero de 1862.

Opinamos en esta materia que las personas sujetas á la legislación foral, si quieren otorgar alguna cédula testamentaria en provincias del Derecho común, han de cumplir lo que el Código prescribe sobre el particular, pues, según el *art. 11 de aquél*, las formas y solemnidades de los testamentos se rigen por las leyes del país en que se otorgan.

ART. 673. Será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo ó fraude.

Concordancias.—Igual al *art. 668 del proyecto de Código de 1882*.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno*.

ART. 674. El que con dolo, fraude ó violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará

ras, así como fa-
zer sus testame-
y a, que amena-
han de fazer, or
fazer su testam-
quier que emba-
chas o en otra a
derecho que por
manera quier.
fiziense, mas ro
non fiziense tes-
o heredar de lo
sus palabras, a
que antes auia fi-
al padre, que n
heredar en los l

si fuesen dos hijos, o mas, e el vno dellos embargase que non
ficiesse el testamento, non los otros, aquellos que lo non em-
bargassen, deuen auer cada vno su parte, e la parte de aquel
que lo embargo deue ser del Rey. E esso mismo seria, si el pa-
dre embargasse al hijo, que non fiziessse su testamento, de las
cosas que lo podiesse facer.

Partida 6.ª, tit. I, ley 29.—Voluntad aviendo algund ome de
establecer a otro por heredero de su testamento, o de mandarle
alguna cosa en el, si otro tercero lo embargasse por fuerza, o por
engaño, que lo non fiziessse; si el embargo o el engaño podiesse
ser prouado, deue aquel que lo fizo, pechar al otro a quien deue
ser fecha la manda, doblado todo aquello, que fizo perder por
tal razon como esta.

COMENTARIO DE LOS ARTICULOS 673 Y 674.—*Concepto del dolo y del fraude con relación al testamento.*—Otra de las notas caracte-
rísticas que señalamos al dar la definición del testamento, era la
de ser este acto espontáneo, consciente, libre. De su confirmación
en la esfera legal tratan los artículos anotados, 673 y 674, pri-
cipalmente el primero, porque el segundo es un precepto san-
cionador y penal, contra el que da lugar á determinados motivos
de anulación de la voluntad del que testa.

Dolo, fraude, violencia: todas estas ideas representan un at-

CÓDIGO CIVIL

que hay violencia en
plea una fuerza irre
ando el testador no
i la causa que le inc
los deseos del que
scir, cuando el testa
xiste más bien la lla
el apartado segun
do se inspira á uno
e caso) el temor ra
y grave en su pers
cónyuge, descend
a intimidación seg
no, pues no bastar
onas á quienes se de
que trata nuestro
fuerza ó violencia
ías materiales ó fís
a la intimidación.

III, Partida 7.ª en

*ó de tormento de cu
bertad, ó las cartas ;
porque fñcaria infu*

*tura, a que dicen vano, non escuzaria al que se
ley 15, tt. II, Partida 4.ª declara que la
nder de esta manera: «quando alguno aduzen
prenden o ligan». «E otrosi el miedo se entien
al manera, que todo ome, maguer fuesse de tan
se del; como si viesse armas o otras cosas, con
matar, o le quisiessen dar algunas penas, o si
en e la amenaçassen que yacerian con ella.» La
Diciembre de 1869 declara que si bien la
la 6.ª considera nulas las obligaciones cons
or fuerza ó por engaño, no es aplicable dicha
xcepción que se alega por el que contrajo la
emor que le causaron sus antecedentes po
practicadas pruebas que aprecia la Sala, e
stía verdadera causa de miedo.*

inconveniente alguno pueden aplicarse en

porque solamente trata
sea el que da lugar al
hubiera otorgado el te
es decir, el dolo que se
sona contra el testador
cual se opone á la natu

Según repetidísima
ejemplo, en las senten
de 1882, 3 de Marzo de
sume; á no ser en los
es preciso justificar su

Además, con refere
tos deben de alegarse
en que el testador orde
cional, completamente
de influencias orgánicas
contradigan su liberta
garse y acreditarse. Y,
árbitra para apreciar e
violencia y engaño, y
lidad del testamento;
como en otros problem
ley escrita hace en cada
que sería de todo pun
tiples ó, mejor dicho, i
de la violencia y del es
ramento del testador, c
ción social del agente
menos físicos y morales
ofrecer. Porque nadie s
y todo engaño anulan l
el principio general, y
oportunamente las ap
contenciosa el propósi
palabras de dicho prece
bunales tendrán en cu
citos y los autores se
fuerza, miedo y engañ
tarse en los actos jurí

220

ten.
ejer
bre
gra
fisi

bié
ello
fra
reol
cun
el c
y a
sola
reci
con
test
rep
res
de
oto
jur
ni '
red
otra
ace
cur
dec
me
la l
tici
mis

Ahora bien: la acción de nulidad que se desprende del precepto que comentamos y que pueden ejercitar todos los que se hallen interesados en un testamento, ¿dentro de qué plazo ha de hacerse valer? ¿Regirán las disposiciones del capítulo VI, título II, libro cuarto, del Código, que tratan de la nulidad de los contratos, y por tanto, el art. 1.301, que señala dicho plazo en cuatro años; ó, por el contrario, habrá que resolver la duda, á falta de

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

Las leyes anotadas del *Fuero Real* dicen la historia que siguió el Derecho. En tiempo en que el fisco ó peculio bienes vacantes ó *nullius*, según el cor ó del Poder real entonces imperaba, á dar los bienes de la persona á la que, antes de que pasaran á poder lencia ó dolo, consiguió tal efecto del

Hoy, prevaleciendo otros principios, mal pensar en tal extremo; y por este mejor acuerdo, dejó que rigieran en materia de sucesiones, dando lugar entre los demás coherederos, á falta de uno, se declaró privado de la herencia, según el cual, si el excluido de la herencia ó descendiente del testador, y sus herederos, adquirirán éstos su derecho á la legítima, artículo 674, procediendo por las reglas de la porción hereditaria que de él descendiente del indigno; porque, si se representase á una persona viva sino por la acción ó incapacidad.

No distingue el art. 674 de medios de efecto de que el testador deje de testar. Como dice la ley de Partida, tal obrando directamente sobre el mismo testador ó valiéndose de instigaciones dolosas, contra el Notario y los testigos que con el testamento que se trate de otorgar; elementos indispensables para que el testador ejerza sus funciones de tal, pues no depende de él sólo, excepto en la forma ológrafa, el otorgamiento de su última voluntad, aunque nos referimos al patrón más sencillo de testamentos, en el cual, según el Código, son necesarias, por lo menos, una, dos ó más personas que testifiquen de la celebración del acto. En general, todas las asechanzas que, en forma de violencia, dolo ó fraude, produzcan el impedimento á que se refiere el art. 674, caben dentro del espíritu de éste.

Ahora bien: ¿qué preceptos del Código penal son los que han

pareciendo lógico que no se impugne la validez ó nulidad del testamento hasta que no ocurra la muerte del testador, que es cuando aquél había de producir sus efectos jurídicos.

La coacción ó violencia la define el art. 510 del Código penal, al declarar que el que, sin estar legítimamente autorizado, impide á otro, con violencia, hacer lo que la ley no prohíbe ó le permite á efectuar lo que no quiere, sea justo ó injusto, será

castigado con las penas de arresto mayor pesetas. Perfectamente conviene el primer problema de que tratamos, porque en él con violencia lo que la ley no prohíbe, mento. Dentro de dicho art. 510 no podía gada la intimidación, ó sea la violencia sentencias del Tribunal Supremo de 1.º de Noviembre de 1878, 8 de Mayo de 1879 y 1 para que un hecho se pueda incluir en la Código penal, es indispensable que el acto; y ésta, ya se atiende á su significación, ya á la aplicación que el mismo Código trata del delito de robo con violencia en el acto de fuerza material. Algo discutibles del alto Tribunal de justicia, sobre todo argumentos, sin que tampoco encontremos el delito de coacción con la del robo violento terminante respecto del particular; y, porción, es, pues, ineludible acudir á las sentencias 507 y 508, que, según dijimos, compueden intimidar; ó acudir al libro tercero cuyo art. 606, núm. 5.º, castiga con las penas de arresto ó multa de 5 á 50 pesetas á los que, por coacción ó vejación injusta, *no penados en este Código.*

Y el fraude de que trata el art. 674, ¿estará previsto y castigado? Aunque en el artículo correspondiente destinada á tratar de defraudación, ningún artículo de ella, en su mera parte, es aplicable al caso que analizamos. Únicamente en la *sección 2.ª, cap. IV, del Código penal* hallamos el primer número del cual, incurrirá en las penas del artículo 674 el que, para cometer un delito, *dase á otro usando de nombre fingido, atenuencia ó cualidades supuestas, aparencomisión, empresa ó negociaciones imaginarias, ó cualquiera otro engaño semejante que no se considere como tal en los casos que á continuación se enumeran.* De la propia sección determina que el qu

resultaría de mejor c
 llamados por el mín
 para él escape dentr
 que por acción ú om
 ó negligencia, está c
 yor abundamiento, e
 indemnización de los
 cumplimiento de sus
 cia ó morosidad; y o
 parte del tercero á q
 nos, según el art. 1

omisiones ilícitas ó en que intervenga cualquier género de culpa
 ó negligencia. Han de hacer exigible tal indemnización las per-
 sonas que, en el supuesto de que el testamento no llegara á im-
 pedirse, vendrían á participar de la herencia bajo cualquiera de
 las modalidades como fueran instituidos. Ya se comprenderá
 que estas reflexiones son sólo aplicables al art. 673, porque, se-
 gún el 674, no se conocen todavía los designios del testador, y
 aun conocidos, podría indefinidamente variarlos hasta la hora de
 su muerte.

ART. 675. Toda disposición testamentaria deberá
 entenderse en el sentido literal de sus palabras, á no
 ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad
 del testador. En caso de duda se observará lo que apa-
 rezca más conforme á la intención del testador según
 el tenor del mismo testamento.

El testador no puede prohibir que se impugne el
 testamento en los casos en que haya nulidad declarada
 por la ley.

Concordancias—Análogo en su segunda parte al art. 722 del
 proyecto de Código de 1851 é igual en la primera parte al 670 del
 de 1882.

tendieron los sabios antiguos, cía e las que estan en las faulas: mas aun los panones e las gallinas, e todos los pollos que nacen destas aues que eran en poder del señor del testamento a la sazón que murió. Pero non se entiende que los siervos que con estas aues están, entren en esta manda; fueras ende, si el testador ouiesse dicho ciertamente. Otrosi dezimos, que si el testador ouiesse sus vinos encerrados en cubas, o en tinajas e dicesse: Mando todo mi vino a fulano; que se entiende que gelo manda con sus vasos en que este encerrado. E aun dezimos que si el fazedor del testamento manda á sus herederos, que den algund ome tanto de lo suyo, de que bien que se entiende que le deuen dar lo que ouiere menester, tambien para comer, como para beber, como para vestir, e para calçar. E aun quando enfermarse, las cosas que fueren menester para cobrar su salud. Ca todas estas cosas son menester para la vida del ome

COMENTARIO. — *Consideraciones generales.* — Amplísimo cuadro de problemas comprende el anotado art. 675, que se ocupa nada menos que de la interesante y muy delicada materia de interpretación de testamentos, tema inagotable, como lo demuestra la ya abundantísima y siempre constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, reguladora de los casos nuevos y variados que todas horas la práctica ofrece. Por esto, para dar al comentario de dicho artículo toda la extensión que merece, necesitaríamos del espacio y tiempo concedido para un folleto: á pesar de lo cual, concretándonos todo lo posible, habremos de abarcar todos los principales y más frecuentes supuestos y contingencias que se den al tratar de cumplirse la voluntad testamentaria.

Es muy llana y fácil de hacer la declaración de que las palabras del testador deben de entenderse, sin esfuerzo alguno de interpretación, en su tenor y sentido literal, y únicamente por excepción, acudir á su espíritu y significación circunstancial cuando la intención del testador resulte ser otra que la que las palabras suponen. Esto se ha dicho siempre, por toda clase de legislaciones, lo mismo antiguas que modernas; representa un principio de derecho, tan comprensible y al alcance universal, que algunos Códigos omiten declararlo. Además, está perfectamente acuerdo con las exigencias lógicas y gramaticales más rudimen-

tación de la voluntad testamentaria debe de ser en los casos especiales.

Con la declaración que comprende el art. 675, el legislador el tener que mencionar casos y circunstancias de interpretación en casi todos los apartados del Código, como luego demostraremos, al mencionar aquél y de la jurisprudencia que comprueban el general objeto del referido artículo. Además, es literalmente el principio de la ley 5.ª, tit. X antes anotada; y con referencia á la legislación aquélla y otras leyes con la mayor precisión y claridad sobre el particular, el Tribunal Supremo declara que venir haciendo declaraciones en esta materia no dejarán de repetirse y de dar lugar á costosas dudas, originados por muy fundadas dudas, á propósito de una interpretación generalizadora y terminante de que el Código debe interpretarse según el tenor literal de sus palabras, sin que aparezca claramente ser otra la voluntad del legislador. fundada nuestra indicación si se tiene en cuenta que en todo caso siempre se verá precisado á recoger las dudas que hace evidentes la práctica en cada uno de los artículos del Derecho civil, para quitar terreno á las dudas y al propio tiempo convertir en preceptos lo que hasta entonces venían siendo simplemente dudas. El proyecto de 1851 nada ha dicho en su primera parte de nuestro art. 675, sin perjuicio de lo que se dejaría de aplicar aquél si hubiera llegado á ser ley en la misma forma que, respecto á interpretación, comprende.

Reglas de interpretación de los testamentos.—

En las consideraciones generales, conviene ya exponer aquellas reglas de determinación de la voluntad del testador, cuando ésta no se presente comprensible á primera vista. Ninguno puede presumir de originalidad al emprender tal trabajo, porque nos lo dan ya hecho las minuciosas, artísticas y equitativas disposiciones que algunos libros del Digesto y Código romanos contienen, y de las

niendo siempre presente además que la interpretación se inspira en la de las leyes, y en éste el camino de la irracionalidad ó del contri-

3.ª Si existe contradicción entre las p y el espíritu claramente conocido del test éste se acuda con preferencia, por los dimos á conocer. «*Optimum esse non proportionem scrutari; sed imprimis quid testator* Pero habrá de acreditarse ó conocerse qu ción y la intención del testador, la cual pu otras partes del testamento, combinadas mente.

4.ª Cuando la contradicción aparezca ppecial y otra general, la primera tiene i comprende un extremo determinado, sobi que se haya equivocado el testador que al ción de mayor comprensión y alcance.

5.ª Cuando resulten de una cláusula d torios, ya de carácter general ó especial, mente. «*Ubi pugnantia inter se testamento tum est.*»

6.ª Si las palabras de una cláusula ofr igualmente aceptables y defendibles, segi ha de elegirse la interpretación que mayo con el contenido del testamento, rectame diéndose que como aquél representa un beralidad, se optará por el sentido que be herederos ó legatarios; lo cual no ocurre e las obligaciones, pues, según el art. 1.289 del Código, siendo el contrato gratuito y recayendo la duda sobre las circunstancias accidentales del mismo, aquélla se resolverá en favor de la menor transmisión de derechos é intereses. Por el contrario, todo lo que suponga carga ó gravámenes para los herederos ó legatarios debe restringirse, prefiriéndose siempre el beneficio de los primeros, á los que parece que también prefirió el testador, nombrándole sus representantes más genuínos y generales.

7.ª Cuando la pugna se presente entre dos cláusulas distintas pero igualmente generales ó especiales, la última derogará á la primeras, porque los testamentos no solamente se revocan uno

las palabras del facedor del testamento e namente, así como ellas suenan, no se e su espíritu cuando apareciese ciertamen tal no contiene la voluntad del testa conforme á lo que en la ley precitada se e de Octubre de 1868).

* Para la recta interpretación de un que, por su redacción, ofrezca alguna du aisladamente sus diferentes disposicione sí, fijando la verdadera inteligencia, de cumplimiento la voluntad del testador igualmente á las pruebas suministrada tencias de 26 de Mayo de 1863, 23 de Sep llo de 1877 y 30 de Junio de 1884).

* La anterior regla interpretativa no el concepto oscuro ó dudoso que se su concreta á ella misma y no puede explic tencia de 13 de Abril de 1883).

* Expresada con claridad la volunta, dársele una inteligencia que no se deduz de las palabras con que está formulada que informa esta clase de instituciones eiembre de 1880).

* En una cláusula testamentaria no disposiciones contradictorias (sentencia i

* La cláusula incierta y dudosa sobe que el testador quiso dar á un legado favor del heredero (sentencia de 27 de M

* La voluntad del testador debe inte no vaya más allá de lo que expresa la (sentencias de 11 de Octubre de 1854, 3(Septiembre de 1862, 14 de Mayo de 1864

* Cualquiera excepción que se refiere de que el hombre puede variar su volunt interpretarse en sentido restrictivo, con coartar el libre ejercicio de tan import de 22 de Junio de 1865).

* Tratándose de la interpretación d rias, debe estarse á la declaración de la



100

1

100

100

100

legales que rigen respecto de esta clase de oia de 15 de Junio de 1868).

* Cuando el testador divide en su testamento dos mitades, instituyendo herederos, en un bruno, que determina, y, en defecto ó por i á los hijos que respectivamente han dejado la segunda mitad instituye á su hermana, su fallecimiento quedaba algo de la herencia de la misma por iguales partes, se comprende su intención fué hacer una institución de herencia, el caudal se repartiese entre los parientes que le, debiendo entenderse que con las mismas á los herederos que habrán de suceder en parte, mitad que á los que llamaba á suceder en parte, posible dar otra interpretación al testamento institución en una sola cláusula, y, por co-acto; negándose, pues, en tal caso, el derecho de los hijos de una de las llamadas á la sucesión, se infringe la ley del testamento y la *artículo 7.º* (sentencia de 13 de Junio de 1872)

* Ofreciendo racional duda, según la sala inexplicable, la Sala sentenciadora, acepta lógicas, claras é inteligibles de una de las en la que se expresa que sean preferidos, o próximos, los varones á las hembras, además conformes con las que usó el testador sus hijos, entre los cuales prefiere los varones infringe el principio de que la voluntad del testador prevalece sobre la ley (sentencia de 5 de Julio de 1872)

* Si al legarse en el testamento, «para la muerte de la mujer del testador», á una y hizo el legado con la expresión de que «mi viuda pasara aquella finca á su heredero ó sucesor», esta cláusula de reversión ó restitución de la indicada finca no la hizo en favor de una persona expresa y nominalmente llamada, sino genérica, su heredero, en el modo que hubiese sucedido que fuese su heredero y cualquiera que fuese hubiese pasado su herencia (sentencia de 28 de

bable enumeración, la sentencia de 5 de J que la cláusula: «*Quiero que después de cumplida si sobra algo de dinero, lo repartan entre todos mis hermanos, para que lo gocen en paz y con la mía*», rectamente entendida y aplicada, no otro alcance que reconocer en los nombrados dinero mandado ó legado, puesto que la clarifica lo mismo que la de las anteriores cláusulas en varias mandas ó legados, no autoriza ni por otra la intención de aquél, y la palabra *dinero* matricial y jurídica, significa usualmente *moneda* un conjunto ó universalidad de bienes, á menos que en el país en que se otorgó y ha de cumplirse tenga tal sentido y significado.

Es, por tanto, un elemento también del que se dirige, al interpretar testamentos, el de la *cosa* de donde el lugar en que aquél fué otorgado, igualmente propia á toda institución jurídica.

* * *

Principios de interpretación contenidos en el Código civil ofrece preceptos que constituyen reglas de interpretación; de ello son ejemplo el art. 346 si el testador usase de la expresión de «cosa» ó de «cosas ó bienes inmuebles», se entenderán ellas las que se definen y enumeran en el capítulo del libro segundo del Código, es decir, prevalece el rigorosamente técnico y jurídico; pero si usa la palabra «muebles», no se entenderán comprendidos créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, tíficas ó artísticas, libros, medallas, armas, baterías ó carruajes y sus arreos, granos, cabañas ni otras cosas que tengan por principal objeto habitar las habitaciones, salvo el caso en que el testador, deducida del mismo contexto del testamento otra; el art. 347 da á entender que si en el testamento se hace referencia á cosas muebles transmite su posesión ó propiedad con tod

a transmisión el me.
documentos se hallen
que la voluntad del
; el art. 668 determina

que en la causa de si el testador dispuso de sus bienes á título de herencia ó de legado, aunque no haya usado materialmente de la palabra «heredero», si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecho á título universal ó de herencia; el art. 749 ordena que las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de pueblos, se entenderán limitadas á los del domicilio del testador en la época de su muerte si no constase claramente haber sido otra su voluntad; el art. 751 preceptúa que la disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado; el art. 767 declara que la expresión de una causa falsa en la institución de heredero ó en el nombramiento de legatario será considerada como no escrita, á no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución ó legado si hubiese conocido la falsedad de la causa; teniéndose también por no escrita la expresión de una causa contraria á derecho, aunque sea verdadera; el art. 769 determina que cuando el testador nombre unos herederos individualmente y otros colectivamente, como si dijere «instituyo por mis herederos á N. y á N. y á los hijos de N.», los colectivamente nombrados se considerarán como si lo fuesen individualmente, á no ser que conste de un modo claro que ha sido otra la voluntad del testador; el art. 771 preceptúa que cuando el testador llame á la sucesión á una persona y á sus hijos, se entenderán todos instituidos simultánea y no sucesivamente; el párrafo segundo del art. 773 dice que si entre personas del mismo nombre y apellido hay igualdad de circunstancias para el hecho de su designación en el testamento, ó dichas circunstancias fuesen tales que no permitan distinguir al instituido, ninguno será heredero; el art. 779 expresa que si los herederos instituidos en partes desiguales fuesen sustituidos recíprocamente, drán en la sustitución las mismas partes que en la institución, á no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador; el art. 792 ordena que las condiciones imposibles y las contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres se

tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero ó legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa; el art. 797 manda que la expresión del objeto de la institución ó legado, ó la aplicación que haya de darse á lo legado por el testador, ó la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, á no parecer que ésta era su voluntad; el art. 798 declara que cuando sin culpa ó hecho propio del heredero ó legatario, no pueda tener efecto la institución ó el legado de que trata el artículo anterior, en los mismos términos que haya ordenado el testador deberá cumplirse en otros, lo más análogo y conforme á su voluntad; el art. 1.070 preceptúa que la obligación en que se hallan los coherederos de prestarse recíprocamente la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados cesará cuando el mismo testador hubiere hecho la partición, á no ser que aparezca ó racionalmente se presuma haber querido lo contrario, y salva siempre la legítima; el art. 1.075 dispone que la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos, ó de que aparezca ó racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador; y muchas otras disposiciones, que no citamos por no hacer más molesta esta enumeración de ejemplos, que comprueban los principios generales anteriormente consignados. Porque, si deducimos la sustancia y tendencia de tales preceptos especiales, notaremos asimismo que todos ellos convienen en que debe respetarse primeramente el tenor literal del testamento; después, y ante todo, la voluntad del testador, que es la pauta á que dichas palabras han de obedecer normalmente, porque de lo contrario, la letra del testamento prevalecería sobre su espíritu, lo cual no ocurre tampoco tratándose de las leyes, *scire leges non est hoc verba earum tenere, sed vim ac protestatem*. Dentro de esos mismos principios, se reconoce siempre la preferencia con que debe mirarse al heredero sobre los demás cipes singulares designados en el testamento, porque es que es aquella la persona á quien más amaba el testador y aprecia también el reconocimiento de la más amplia y extenso círculo de atribuciones en que el testador puede arbitrio, moverse, para hacer y ordenar todo lo que su tenga á bien, sin otros límites y cortapisas que los límites fijados hoy por las leyes. Por último, también se de

ley, por motivos diversos, le tiene prescrito. Una de esas cortapisas la encontramos ahora: Si el testador, por ejemplo, dijese: «este mi testamento, otorgado solamente ante un testigo ó ante dos mujeres (cuandó exista prohibición relativa al testimonio de éstas), no llegue nunca á impugnarse, bajo pena de tal ó cual privación de derechos hereditarios», claro es que sería atentar á la justicia y á la equidad el tolerarlo y el haber de respetarlo. Así como tampoco el testador puede expresar en el testamento su resolución de no revocar las disposiciones que en tal sentido ordene, teniéndose asimismo por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, de la propia suerte es de la esencia de la institución testamentaria, y, por tanto, no puede quebrantarse ni desconocerse, el que ante las normas legales de ineludible cumplimiento han de cesar las determinaciones individuales por mucha libertad y amplitud de esfera que á éstas quiera otorgarse; debiendo ser el testador el más esclavo de esas limitaciones, porque en su mayor interés redundan, por cuanto todas obedecan á la idea de que se asegure y garantice debidamente la verdad de los últimos pensamientos, convertidos en mandatos y leyes por la muerte de una persona, y al propósito de que las interpretaciones y resoluciones de herederos y demás interesados en el testamento lleven á ejecución cumplida y acertada la voluntad del testador, de la cual deben ser fieles traductores.

Además, como dice el jurisconsulto Goyena explicando el artículo 722 del proyecto de 1851, que concuerda en el fondo con el apartado que analizamos en estos momentos, «ningún agravio hace al difunto el que aspira á poner en claro su verdadera voluntad por las reglas de la buena interpretación y la autenticidad de su testamento». Y por lo mismo declaraba el art. 757 del antiguo Código de Prusia que las disposiciones por las cuales el testador impone ciertas cargas á los herederos ó legatarios que impugnen el testamento, no comprenden las demandas de nulidad por causa de no autenticidad ó de verdad de las últimas voluntades.

De modo que si el testador impusiera á cualquiera de los designados en el testamento la condición de no impugnar éste, aun por motivos de nulidad declarada legalmente, tal condición se tendría por no puesta, á tenor del art. 792 del Código, en el cual se determina que las condiciones imposibles y las contrarias á las

do el tecnicismo del Derecho las formas de testamento. Por otra clase de solemnidades sobre todo, después de la fa de Alcalá, que las que vamos institución de herederos y la en Roma las llamadas solen el nombre de solemnidades merecen, por cuanto su existencia no es requisito indispensable en los testamentos, quedando ya relegadas á un lugar secundario.

Y por ahora, basta para el fin de la presente introducción, pues otra clase de ampliaciones es más propia del examen individual de cada uno de los preceptos que á continuación pasamos á comentar.

ART. 676. El testamento puede ser común ó especial.

El común puede ser ológrafo, abierto ó cerrado.

Concordancias.—Igual al art. 563 del proyecto de Oódigo de 1851 y al 672 del de 1882 en sus dos primeros párrafos.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, ley 11, tit. V, libro II.*—Si algun ome faze manda de sus cosas por escripto, e s el escripto fuere confirmado de la mano del que lo fizo e de las testimonias; ó del de uno destos, ó de las testimonias, ó de aque que la faze, o si aquel que faze la manda non sabe escrevir por su mano, e diere a otro ome que escriva por él. o que sennale e escripto, o si algun ome faze su manda ante testigos sin escripto cada una destas quatro maneras de fazer manda deve valer...

Ley 1.ª, tit. I, Part. 6.ª—...E son dos maneras de testamento La vna es a que llaman en latin *testamentum nuncupatium*... La otra manera es a que dizen en latin *testamentum in scriptis*.

Concordancias.—Igual al último párrafo del art. 672 del proyecto de Código de 1832.

PRECEDENTES LEGALES.—1

ART. 678. Se llama ológrafo el testador lo escribe por sí los requisitos que se determin

Concordancias.—Análogo al s de 1851 é igual al 673 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—

ley 15.ª—Porque los omnes au co, cumplir las leyes: por ende en los l tantos testigos cuemo manda la le, su manda con su mano, e diga es de sus cosas ó á quien las manda.

Partida 6.ª, tit. 1, ley 7.ª—...L padre supiesse escreuir, que lo pu en el los nomes de todos sus fijos.

ART. 679. Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

Concordancias.—Análogo al art. 565 del proyecto de Código de 1851 é igual al 674 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. 1, ley 1.ª*—...E son dos maneras de testamento: la vna es, a que llaman en latín *Testamentum nuncupatium*, que quiere tanto dezir, como manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que la faze, por palabra o por escripto, a quales estableces por sus herederos, e como ordena o departe las otras sus cosas...

veces al año; comicios que en otras convocatorias resolvían sobre cuestiones de carácter religioso. *mitis calatis*, porque eran convocados y no se hacía por medio de esta forma. Un tratadista español explica el establecimiento en el primitivo Derecho romano de la sucesión legítima de los agnados y el orden de la familia debía venir á la herencia de los que no era necesario que todas las alteraciones ó excepciones de establecieran tan solemnemente como las leyes, y las ceremonias. Por eso el ciudadano romano ante esos comicios por curias, y en los que al principio sólo tenían los patricios, al testar, se investía del papel de legislador.

Para los tiempos de guerra existía entonces, además del testamento *in procinctu*, ante el ejército equipado, el testamento *in campis*, que se hacía en el campo, estableció paralelamente al testamento ante los comicios, quizá mejor que éste, á necesidades propias de la época, por hallarse el pueblo en perpetua guerra con las naciones ó tribus que creía deber someter. Este testamento se hacía como ley natural del carácter y misión que venía á cumplir la Historia de la Humanidad.

Pero todos los historiadores reconocen que el testamento rigieron sólo en la antigüedad romana, cuando cayó en desuso en la segunda época del Derecho romano, cuando el Código de las Doce Tablas empezó á perder consideración de precedente histórico; puesto que en la legislación de Roma, se cita la tercera forma de testamento, que substituyó á las expresadas, ó sea la que se hacía según la fórmula *per aes et libram*, para hacer con solemnidad las ceremonias del Derecho á la sazón vigente, para la transmisión de la fortuna hereditaria en cada caso de testamento.

Las Instituciones del Emperador Justiniano, en el libro II, nos dicen que dicha última forma de testamento, por la mancipación, esto es, por una venta fingida ante cinco testigos y del *libripens*, los cuales debían ser ciudadanos romanos púberes, y del que llamaban comprador, ante los cuales pronunciaba el testador las palabras *haec ita ut in his tabulis scripseris scripta sunt, testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibete*, asegura Gayo en su obra antes citada. Hubo necesidad

que los testigos que daban fe del acto de jurar esta declaración dentro de seis meses de la ciudad, siendo el testamento escrito, mismo tiempo, ante el Juez secular. Daban por su trabajo la vigésima parte de los días que tenían obligación en el expresado período de ser de los herederos su nombramiento, bajo pena de ser primeros por falsos, á no ser que dejasen de serlo de otro hombre ó mandado del Rey.

El *Fuero Real*, en algunas leyes del título de testamentos, recuerda ciertas reminiscencias romanas respecto de testamentos, pues exige que los testigos sean varones, y que aparezca el sello de los testigos en el testamento. En el *Código* figura, por primera vez, el Escribano principal importancia en el otorgamiento de testamentos. El legislador ya á los llamados públicos.

La ley 194 del *Estilo* señala un procedimiento de distinguir entre persona arraigada ó no arraigada para otorgar testamento; la primera requiere el consentimiento del Alcalde del lugar, y la segunda requiere el consentimiento del Jefe de la familia.

Metodizando y reduciendo ya la materia de testamentos, sigue luego la legislación de Partidas sobre el testamento nuncupativo ó hecho verbalmente ó el que se hace de manera «que los testigos oyen» y marcando la línea divisoria entre el testamento secreto y abierto, con referencia á la fundación de la familia al dividir aquéllos, como más adelante se verá, es inexacta la de que se hallen ó no escrito la palabra hablada. Exige la presencia de tres testigos de las dos formas indicadas, y el Escribano principal.

La ley 19 del *Ordenamiento de Alcalá*, título XVIII, lib. X de la *Novísima Recopilación*, crea un organismo contrario al que ha existido en materia testamentaria, modificando las solemnidades para testar. Al efecto suprime el testamento de palabra, ya en presencia de tres testigos vecinos del lugar, ya de cinco testigos vecinos del lugar, ya de tres testigos vecinos, si no ha

Según la legislación de Vizcaya, hasta sin Escribano, cuando éste no se pue-
los testigos suficientes; hasta para ello
bres buenos, varones, y una mujer de
hayan sido rogados para ello.

En Aragón también es lícita la pre-
roco y dos testigos, cuando no se pue-
tigos han de ser rogados y han de ver-
dor. Es requisito también exigible la
pueden ser también testigos. El testam-
firmado en su cubierta por el Escribano
mente con el testador. También se ex-
cial otorgado en despoblado, para el c-
dos testigos mayores de siete años, ó
fama, concurriendo en todo caso un clér-

La legislación de Mallorca sobre tes-
Derecho romano.

Abundantes enseñanzas se obtienen
histórica para el objeto del presente o-
gar, obsérvese cómo á través de los
vida del Derecho positivo, van concret-
gisladores á la idea fundamental de
testamentarias garantizadoras de la s-
la última manifestación de una persona
intereses morales, relegando al olvido
nias sin valor ni eficacia alguna para la
organización social y creencias de cada
contingente, aportando requisitos que p-
cuanto aquéllas cedían su puesto á ot-
tinta; cómo al mismo tiempo, la may-
adulteraciones de la voluntad testamen-
de garantías y medios de precaución, qu-
tas solemnidades; y cómo, al propio tie-
principales fines, se adapta el legislado-
malidades, á aquellas que sean más fáci-
condiciones diversas y anormales en
testador, y que imprescindiblemente se-
al objeto de servir de comprobación del
último, vamos ya caminando á una may

le convengan y la que mejor se adapte á la que se encuentre, siendo igualmente válida cual se determine. Al que ha testar según un testamento especial se le impone la n aquella forma que para el caso en que se c siona el legislador, sin poder valerse lo mis sí de una de las formas del testamento com clarado el Tribunal Supremo (y es esta no comprensible) que el aumento y abundan nunca puede perjudicar á un testamento ni El militar, por ejemplo, nunca podrá testar del testamento establecido para el que se b festada de peste, ni éste valerse de la espec Son los testamentos especiales, concesiones las circunstancias de la vida que al crearlos tes; por esto dice el art. 3.626 del Código ar de una especie de testamento no puede exi mentos de otra especie.

Aun cuando el testamento ológrafo, por dadas que exige, y según la noción que nos ampliada por el 688, parece que debía ser el por excelencia, se le ha incluido entre los o quizá con demasiada anticipación ó falta d costumbres contra una forma de testar tar y dudas, aun rodeada de las precauciones e ha tratado de evitar aquéllos.

Los testamentos abierto y cerrado se defi naturaleza, no considerando ciertos accide puramente secundarios. Aplaudimos esta gimos, viene ya iniciada desde la legislación to: la circunstancia de la escritura es acceso testamento abierto. Éste, que mejor denomi por acto público, como hace el Código de la (artículo 3.623), ó testamento público, exige cial que la manifestación del testador se d mente al Notario y demás personas que en Por lo tanto, puede ser verbal ó escrito, por caso, el testador lee á dichas personas el q un proyecto de testamento; y al hacer esa o

10

al te

ren

sagi

culc

ned

nde

la

med

rohi

H

on f

e aldeanos ante cinco testigos y el del padre ante sus hijos, ante
os testigos, en lugar de los siete.

*
* *

Estudio comparativo del Código español con los extranjeros.—En-
contramos ahora ocasión de aplaudir á los autores del Código,
porque juzgamos preferente el sistema más científico y claro que
doptaron en la clasificación de testamentos, al empleado por los
demás Códigos extranjeros que hemos consultado. Los puntos de
vista que en éstos con tal objeto se siguieron, son muy diversos
y opuestos. La regla del mayor ó menor número de solemnidades
no puede servir de base para establecer una científica clasifica-
ción, porque no hay un tipo fijo de solemnidades que pueda lle-
narse invariablemente normal, fuera del cual sólo se compren-
dan formas de testamentos menos solemnes. Hay algunos que
requieren mayores formalidades que los que pudieran conside-
rarse como testamentos ordinarios, comunes ó normales. Así se
hace en nuestro Derecho con el testamento del ciego y con el
del sordo; pues además de los requisitos exigidos para el testame-
nto solemne abierto, se exigen los de que en el primer caso habrá
de hacerse lectura al testamento dos veces, una por el Notario y
por uno de los testigos ú otra persona que designe el testado-
ro; en el segundo caso, el testamento deberá ser leído por el mis-
mo testador, y no sabiendo ó no pudiendo, por dos personas en su lu-
gar, en presencia de los testigos y del Notario. Lo propio acon-
tece con el testamento de los sordo mudos y de los que no pueden
hablar, pero sí escribir, pues además de las solemnidades propi-

atención, sería cosa den
ante los Tribunales, difi

minadas empresas, aun siemue de las de su mas especial incum-
bencia, ejerciendo cargos de tutora, testificando en los testa-
mentos, etc. Y repetimos que estos reparos se hallan hoy en
boga, y, lo que es más sensible, reciben exagerado valor de los
que en el mismo terreno de la ciencia se juzgan más desapasio-
nados. Consideran como un delito de lesa ciencia el otorgar á las
mujeres mayor grado de ilustración y aun de educación que el
que ellos caprichosamente señalen, para que las primeras no
deadigan de la condición social que, también á su antojo, tales
pensadores las asignan; sin llegar á penetrarse de la ciertísima
observación de que, entre una madre educada é ilustrada (que
estas dos cosas son precisas para que el desequilibrio de una y
otra cualidad no produzca los temores que dichos autores fácil-
mente anuncian) y la que no lo es, el sentido común siempre
preferirá la primera; entre una joven infatuada, preocupada por
caprichos indumentarios, pendiente de la última exigencia de
la ridícula moda exclusivamente, apoderada de un insano furor
del bien parecer; ahogada, en una palabra, por completo, en una
atmósfera de frivolidad insustancial, y otra adornada de una
cultura y educación mayor en intensidad y en variedad de la que
hoy reciben las jóvenes ya más ilustradas, juzgamos ridículo y
por demás asustadizo el escrúpulo de prever peligros en la de-
bilidad del sexo, en el prurito de curiosidad, en la carencia de
dotes intelectuales para comprender negocios de alguna com-
plicación y en la falta de seriedad que, se dice, supone la inter-
vención femenina en actos jurídicos de alguna transcendencia;
reparos atrevidos é infundados, aun dada la poca ilustración de
la mujer actual, que se oponen por *espíritus rectos* al propósito de
mejorar la condición social de aquélla.

No es con prohibiciones contrarias á razón y á justicia, según
nos parece las que examinamos, cómo se resuelve tan delicado
problema. La corriente de protesta contra tales errores es evi-
dente, y ya incontrastable en algunos países. Sabios Prolados,
publicistas insignes, pensadores de todas las más opuestas es-
cuelas, han tomado con tesón y empeño entusiasta la defensa de
ese sexo débil, no en sentido de adulación y por halagarlas, ya
que esto parece tan propio á algunos, tratándose de mujeres, sino

aferismo *inclusio unius exclusio* tales, tratándose del Derecho it grado están abiertos los horizo Nación, y cómo en ella se que ante conceptos é interpretaciones prudente hermenéutica.

En nuestro propio país, ya el leyes de Toro, manifestaba que guna para excluir á las mujeres, mas voluntades, toda vez que ést leyes, sino meros actos privados las más conocidas y vulgares de Gutiérrez, en sus *Códigos fundam* ciedad de las mujeres para ser t origen político que ha desaparec *digo civil de España*, hace observ zón que no halla lógico el que el tratándose de negocios más tra criminal, que puede conducir á u mable para dar fe de la voluntad bienes á favor de sus hijos; añad tificación podrá basarse en la mo gal, en el *Estudio crítico del Códig* y comentarios del mismo, publi *Internacional*, afirma que la prohi tamentos las mujeres, como recu dos por los romanos *in calatis* o razón de supuesta inferioridad ex injustificada la exclusión; no hay en la moderna legislación se esta ciones por razón del sexo, que a mujer. El Sr. Falcón, en su *Expe español, común y foral*, opina que la incapacidad relativa á la mu- jer, de origen romano, estaba fundada, más que en la debilidad del sexo, en un motivo puramente político y en la incapacidad general en que las leyes romanas tenían colocadas á las mujeres. El Sr. Alcubilla, en su *Diccionario de la Administración Española*, expresa que con tal fidelidad se inspira el Código en los prece- dentes antiguos, que reitera la incapacidad referente á las muje-

Si la práctica ofreciera el caso de una persona «que tirara más á natura de mujer que á la de varón», ó viceversa, lo cual por fortuna es poco frecuente, no habría inconveniente alguno en aplicar la doctrina de la *ley 10 del tít. 1 y Partida 6.^a*, anotada en los *Precedentes legales*; es decir, cerciorarse de si el sexo se aproxima más al masculino que al femenino, y entonces permitir la intervención de la persona que se encuentre en ese caso como testigo del testamento; y en el caso opuesto, mantener la prohibición de que se ocupa en su primera parte nuestro art. 681.

Según el ilustre tratadista Mata (*Tratado de Medicina y Cirugía legal técnica y práctica*), la palabra *hermafroditismo* lleva consigo la idea de reunión de los dos sexos en un mismo individuo; por esto, en la especie humana no hay hermafroditismo en tal sentido; entendiéndose por hermafroditismo en el hombre ó en la mujer aquella disposición viciosa de las partes genitales, por la que el sujeto parece ser de un sexo á que realmente no pertenece, ó que no puede determinarse cuál sea su verdadero sexo. Estas malas conformaciones del aparato génito urinario son susceptibles de mucha variedad, como todas las deformidades; sin embargo, pueden reducirse á tres tipos: *hermafroditismo masculino*, cuando, á pesar de las apariencias femeninas, pertenece el sujeto al sexo masculino; *hermafroditismo femenino*, cuando, á pesar de las apariencias masculinas, el sujeto es del sexo femenino, y *hermafroditismo de ambos sexos*, cuando es tal la conformación, que no puede determinarse á qué sexo pertenece el sujeto. En el primero y tercer caso, opinamos que procede declarar capaz á la persona que se encuentre en tales condiciones para ser testigo en cualquier testamento, siempre que no concorra algún otro motivo de incapacidad ó de incompatibilidad; en el primero, porque así autoriza á pensar la citada ley de Partida, y, en el otro, porque es regla de interpretación jurídica que *«in dubiis benigniora preferenda sunt»*; en caso de duda, debe de optarse por el extremo más racional y benigno; y no creemos que, ni aun los más opuestos á la tesis que explicamos sobre la mayor consideración jurídica que merece la mujer, habrían de regatear ese último resto de tolerancia, cuando, por la duda,] no pueda resolverse en otra forma el conflicto.

No obstante lo expuesto, el caso es tan extravagante, permitáenos la frase, que sólo á título de curiosidad y por tener pre-

C) *Incapacidad de los que no residen en el lugar de otorgamiento para ser testigos en los testamentos.*—Significativo y de importancia resulta el proceso histórico del problema que envuelve el núm. 3.º de nuestro art. 681. El derecho del pueblo-rey exigía la condición de ciudadano romano á todo el que fuera testigo testamentario, porque para desempeñar esta misión, como para poder testar, ya sabemos que era requisito indispensable el de la testamentifacción, según así terminantemente se dice en el principio del § 6.º, tit. X, libro segundo de las *Instituciones justiniáneas*. Como afirma el jurisconsulto italiano Grondona, en la obra que ya en este comentario citamos, los romanos exigían la ciudadanía para los testigos testamentarios, porque se trataba de un acto correspondiente al derecho público. Nuestros Códigos antiguos observan un unánime silencio sobre el particular, hasta que la *ley única, tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá*, que equivale á la 1.ª, tit. XVIII, libro X de la *Novísima Recopilación*, al fijar las distintas clases de testamentos, por la intervención en ellos de determinado número de testigos, con ó sin Notario, comienza á llamar á aquéllos con el calificativo de vecinos, dando ya importancia á tal cualidad, por cuanto de su concurrencia ó ausencia dependía el que se exigiera mayor ó menor número de testigos, de los cuales se necesitaba hasta el número de siete no vecinos, cuando no pudieran encontrarse cinco testigos vecinos.

La vecindad entonces se determinaba por la permanencia ó domicilio durante diez años en un lugar, adquiriendo propiedad inmueble, cediendo lo que radicase en el punto de donde procediera ó realizando hechos análogos. Vino después la ley Municipal de 2 de Octubre de 1877, la cual, considerando á los habitantes de un término municipal como residentes ó transeúntes, divide á los primeros en vecinos y domiciliados. Llama vecinos el art. 12 de la misma ley á todo español emancipado que reside habitualmente en un término municipal y se halla inscrito con tal carácter en el padrón del pueblo; y domiciliado á todo español que, sin estar emancipado, reside habitualmente en el término, formando parte de la casa ó familia de un vecino. Por último, el transeúnte es el que, no estando comprendido en los párrafos anteriores, se encuentra en el término accidentalmente. De modo que, con relación á nuestro objeto, la palabra residencia es el género, y espe-

cuya doctrina no hay inconveniente en la aplicación del Código civil, en cuanto al indicio de la cuestión, declarando: que la circunstancia de que la ley 1.ª, tit. XVIII, libro X de Enjuiciamiento civil, exige para ser testigos en los testamentos, no pertenecer a un mismo distrito municipal para fijar dicho concepto, aunque ocupen una sola población, que juntos formen el Municipio, no es una circunstancia de que todos sean feligreses de una misma parroquia. Este criterio, además, sería, en todo caso, necesario, porque cuando haya de determinarse el domicilio por la ley Municipal, es preciso tener presente el padrón, y éste no se forma más que de los pueblos que juntos constituyen un Municipio. En este sentido ha resuelto el problema el decanato de la Sala de Casación de 10 de Mayo de 1825, en el que se declara de los términos «*departamento comunal*» la división «*de terminación francesa*», decidiéndose en favor de la doctrina que hace el Código civil de ese país, modificada y adaptada á regular los actos notariales, según la jurisprudencia de Rogron en su *Code civil* en



Los extranjeros pueden ser testigos en los testamentos. Los Códigos hacen de ellos mención especial en esta parte que estudiamos. La cualidad de extranjero se gana, entre otras formas, por el hecho de no tener carta de naturaleza; pero también se puede perderla por vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía. Los extranjeros pueden renunciar a su calidad de extranjeros previamen-
 te, jurar la Constitución é inscribirse en el Registro civil (artículos 17, números 3.º y 4.º). Los extranjeros que cumplen tales requisitos adquieren la calidad de españoles. Los extranjeros que cumplen tales requisitos y adquieren la calidad de españoles, el hecho de haber nacido en el Reino ó fuera de España, aunque hijo de extranjeros; es decir, se hacen españoles, y en este caso se resolvería por sí misma. Nos referimos a la citada condición, que, según la ley de

E) Los que no entiendan el idioma del testador.—La quinta prohibición que comprende el art. 681 es la relativa á las personas que no entiendan el idioma del testador, la cual regirá principalmente tratándose de los testamentos abiertos; porque si los testigos dan á entender, con la firma que ponen al pie del documento testamentario, que han oído redactarlo tal cual se halla escrito ó le han oído leer al testador, que lo traía ya redactado, natural y lógico es que conozcan el valor y alcance de las expresiones empleadas al efecto. En los testamentos hechos de palabra tal consideración sube de punto. En los testamentos cerrados la necesidad de que los testigos comprendan la lengua del testador se funda en que se les ha de dar lectura ó han de leer por sí mismos la breve acta que se extiende en el sobre que contiene la disposición testamentaria; y han de firmar, dando fe de que han entendido y comprendido el significado y objeto de lo que dicha acta expresa. Por esto el Código portugués (art. 1.966, núm. 5.º) dice que no pueden ser testigos los que no entiendan el idioma en que se escribiese el testamento, siendo público, ó el auto de aprobación siendo cerrado.

Un decreto de la Corte de Metz de 30 de Abril de 1835, que cita Rogron, expone, entre otras consideraciones, la de que los testigos que no conozcan la lengua en la cual esté redactado un testamento, no podrán dar fe de las formalidades exteriores de la lectura y de la escritura de ese testamento, porque los Notarios, á su capricho, podrían redactar y leer otro documento: y aunque los artículos 975 y 980 del Código francés no exigen que los testigos conozcan el idioma en el cual el testamento esté dictado, nada indica esto, porque dichos artículos, que no han estatuido más que sobre capacidades civiles, no excluyeron los sordo-mudos, los ciegos, que sin embargo, están incapacitados para servir de testigos.

La ley notarial italiana, en sus artículos 45 y 46, no considera necesario que todos los testigos conozcan la lengua en que está redactado el testamento, ya se reciba éste por Notario que entienda aquélla, ó por el que la ignore, y precise, por tanto, de la intervención de intérprete jurado. Mas esa forma de resolver la dificultad implica la derogación de los preceptos legales que requieren determinado número de testigos en cada clase de testamentos; porque aquellas dos ó una persona que comprendan el



rante los cuales aquél recupere la normalidad de sus funciones psíquicas, y por tanto, la aptitud para el goce de toda clase de derechos civiles.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Diciembre de 1859 declara que la capacidad mental de los testigos que asisten á un testamento otorgado ante Escribano con las solemnidades legales, se presume de derecho mientras no se pruebe lo contrario, debiendo de estarse á la apreciación que de las pruebas haya hecho la Sala sentenciadora.

Aun cuando reconozcamos que en muchos casos se distinguen perfectamente dos momentos distintos en que la capacidad del testigo puede concretarse, cuales son el del otorgamiento del testamento y el en que han de prestar la confirmación de su testimonio ante la autoridad judicial, cuando tal trámite esté ordenado, no podemos en modo alguno hallarnos conformes con la opinión emitida por el tratadista Sr. Navarro Amandi, según el cual, habiendo concedido expresamente el proyecto de Código de 1851 la facultad de ser testigos á los locos en los intervalos lúcidos, y callando sobre este particular nuestro Código, claramente ha dado á entender el legislador el peligro de semejante permiso, porque para toda clase de incapacidades y capacidades rige en absoluto el precepto del art. 683, que luego examinaremos, y según el cual, para que un testigo sea declarado inhábil es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento. Para nada se refiere al tiempo en que el testamento va á elevarse á escritura pública ó va á ser abierto; y donde la disposición legal no distingue no nos es lícito á nosotros distinguir. Si, pues, al testigo se le admite en los testamentos por razón del estado moral é intelectual al otorgarse aquéllos, sin pensar en cuál ha de ser su condición futura sobre el particular, es deducción perfectamente lógica la de que los momentos de lucidez en el loco que haya de ser testigo testamentario, han de ser tan admitidos, por excepción de la incapacidad sentada en principio general por el núm. 6.º del art. 681, como tratándose del que también durante dichos momentos excepcionalmente goza de la testamentifacción activa y otorga su testamento con sujeción á reglas esimismo de índole excepcional.

A ese mismo motivo, retratado perfectamente en el mencionado art. 683, obedece el que por el 681, núm. 6.º, no se tuviera

Algunos Códigos extranjeros establecen relación á todos los casos en que así se haya tencia (Códigos portugués, art. 1.966, ni guay, 771, núm. 7.^o); otros, como el de Chile, además de ese caso general citado, han sido condenados á la pena de exposición á la luz ó á la de cuatro años de reclusión ó presidio mayor gravedad; y no faltan algunos, como temala y Colombia (artículos 3.758, 793 y 1.600), que declaren incapaces en tal sentido á los condenados por delitos de falsedad. Éstos ya se refieren á nuestro concepto, al verdadero criterio que en esta materia que examinamos.

Nuestro Código se halla dentro del justo medio, al atribuir las incapacidades por razón de delito á los casos de falsificación en documentos públicos y de falso testimonio, además de los que produzcan pena de interdicción civil. En efecto, ¿qué puede esperarse de un testigo que va á testificar en testamento? Que sea fiel y con fidelidad y conciencia, como verdad real, que sea dicho el testador ó consignado en el documento suscrito por el testigo y demás cofedatarios, que sea presente en el acto, en una palabra, representación de las últimas declaraciones, que han sido trascendental después de la muerte del testador. La veracidad y fidelidad debe suponerse en el que haya faltado ya á la verdad, tanto de índole pública ó privada; y el testamento público, según la definición del artículo 1.600, cuando en él conste la intervención de Notario, esto no ocurra y se otorgue, por el contrario, en tiempo de epidemia, *in articulo mortis*, en presencia de los testigos, y, en general, cuando las circunstancias sean como suficiente la presencia de determinados testigos solamente.

El que cometió delito de falso testimonio puede pechar muy fundadamente que no prestará falso testimonio cuando ante los Tribunales sea llamada a declarar lo que verbalmente oyó decir al

mas de delinquir en estas circunstancias de falsificación de documento público ó privado.

Además, hay la consideración potestativa de esos delitos, que el legislador excluye sobre todo en las formas de mayor gravedad, se castigan con las penas de cadena perpetua, según los artículos 54 y 57 del Código y 1.º respectivamente de los mismos, la interdicción civil, que produce, como hemos visto, la incapacidad para ser testigo tanto por uno ú otro lado, ha señalado el Código en el orden civil de infracciones graves, que son castigadas severamente por la ley.

Se comete delito de falsificación de documento según los artículos 314 á 317 del Código fingiendo letra, firma ó rúbrica, suplantación de personas que no la han tenido, o han intervenido en él declaraciones ó de las que hubiesen hecho, faltando a la verdad de los hechos, alterando las fechas u otros datos del documento verdadero cualquiera alteración que altere su sentido, dando copia en forma de original supuesto ó manifestando en ella cosa que contenga el verdadero original, o haciendo escritura en un protocolo, registro ó libro usando en juicio á sabiendas, con intención de falsificar en las expresadas formas, o falsificando un despacho telegráfico ó haciendo uso de él con intención de lucro ó deseo de perjudicar á otro. Puede cometerlos un funcionario público o particular. La falsificación en documento privado se castiga con las penas expresadas, según los artículos 318 y 319, entendiéndose por documento privado el que no es de Notario ó empleado público competente para otorgarlas por la ley.

El delito de falso testimonio, que es un delito penal, puede cometerse adulterando la verdad, ya en favor ó en contra del acusado, ya en pleito civil, haya ó no comenzado el juicio.

que el condenado á la pena accesoria de ser testigo testamentario; aunque la sent firme, si no ha comenzado á cumplirla, y nados por delitos de falsificación ó falso curso en la incapacidad á que nos ven habiendo empezado á cumplir la condena.

La sentencia del Tribunal Supremo expresa que no puede confundirse la incapacidad para ejercer los derechos de administración y disposición de bienes de otro, con la incapacidad para intervenir en el negocio que afecte á su posesión, el cual se pone de ellos cuando ha cumplido con las formalidades para la intervención.

No mostramos, en manera alguna, ni la doctrina mantenida por el muy ilustre D. Román en sus *Estudios de Derecho* (tomo II, pág. 275), al sostener que no es el Código no lo dice, que la condena (á que el artículo 681 se refiere) sea ya ejecutoria, por firme, bastando que se haya pronunciado aunque esté pendiente el recurso de casación prosperar y ser absuelto el procesado, ni el hecho de una condena por esta clase de delito racional suficiente para dudar de la fiabilidad en tales condiciones.

Estas afirmaciones, salvo todos los respetos á la autoridad indiscutible citada, pugnan con las reglas de Derecho procesal; además de que tiene ya expuesto su obligatorio parecer el Tribunal Supremo al Derecho anteriormente vigente, porque en la sentencia de 11 de Febrero de 1860 ha declarado que para reputar á alguno incapaz de ser testigo en un testamento por haber cometido el delito de violación, es necesario que la tacha conste por sentencia ejecutoria; criterio que ningún fundamento racional ni legal puede hacer inaplicable al Derecho introducido por el Código civil.

Además, es noción ya muy sabida la de que ningún efecto definitivo produce una sentencia en el orden civil y mucho más en

Una última y no menos grave cuestión en el caso que estudiamos los efectos de la firme? Aunque la contestación no es errante, nosotros nos inclinamos á la negativa en argumentos de analogía, por lo que especialmente resuelven con motivo de la aplicación, después de haber remitido la principal al primero, en sus artículos 53 á 56, de muerte, cadena, reclusión y relegación por la accesoria de inhabilitación absoluta hubiera remitido también especialmente. Y el art. 6.º de la ley de 18 de Junio de 1890 para la concesión de la gracia de perdón de la pena principal llevará consigo que con ella se hubiesen impuesto al penado de inhabilitación para cargos públicos y sujeción á la vigilancia de la autoridad (por las cuales no se tendrán por comprendidos si no se hubiere hecho mención especial en la concesión) comprenderá en ésta la indemnización civil. Y en las táticas de todo indulto, según el art. 1.º de la ley de 18 de Junio de 1890, si la causa perjudica á tercera persona ó no la perjudica.

Si, pues, hay concesiones exceptuadas por el artículo 46 del Código penal terminantemente no producirá la rehabilitación para el electo de cargos públicos y el derecho de sufragio, á no ser que se concediese especialmente aquélla, muy lógico es tender esta doctrina á esa otra especie de inhabilitación que se refiere á la incapacidad para ser testigo. La rehabilitación en este cargo de testigo principal, produciría, por otra parte, para el testador, por cuanto se le privaba de su testimonio de la persona calificada solemnemente, y según la santidad de la cosa juzgada de testigo falso, si se diera el caso de que el testador eligiera libremente los testigos que quisiera.

El indulto es además una gracia, una facultad de misericordia, perdón y benevolencia, otorgada en las Constituciones polí-

oportuna, contra el patador del Código. Es tario, en el acto del nario á quien deben co sibles é investírsele de discentido ni siquiera s tanto probables, de ese y honradez, que son el mente no habrían de e que estuvieran ligadas dependencia retribuida profesión notarial es di por la opinión una inm peto universal; pero es graciadamente, tienen terreno de la moral, pe dades socialmente imp gencias han de preveni otras profesiones ó cla algo la misma ley del N para circunstancias m Enjuiciamiento civil es causa suficiente para t diente ó criado del que claración.

El art. 70 del Reg régimen del Notariado, escribiente ó amanuense dispuesto en la ley de E vicios mediante un sal Notario. La ley proce exactitud, por criado al en ella servicios mecán diente el que preste ha hubiere presentado, au mento del Notariado de de personas que viven perciben de él un salarí cual ocurre con la ma

En efecto: el Derecho romano ya instituido, ni el que está en su poder ni los hermanos que están en potestad del mismo padre, pueden ser empleados como testigos, porque el testamento se considera como un acto que pasa absolutamente entre el testador y el heredero (§ 10, tit. X, libro II de las *Instituciones* de Justiniano). Prohibiciones muy análogas á las de nuestro art. 682 establecieron el *Fuero Real* y las *Partidas*, según puede verse en las leyes anotadas en los *Precedentes legales*. Pero en ninguna de esas disposiciones se tuvo en cuenta, ni se previó por el legislador, que esas limitaciones á la capacidad testifical eran de imposible aplicación en la práctica, tratándose de testamentos cerrados, cuyo contenido, por lo tanto, se ignora, sin que, por lo mismo, pueda saberse quiénes son los herederos y legatarios instituidos, para determinar en consecuencia los parientes de aquéllos, cuya incapacidad se tratare de declarar. Por esto también la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Junio de 1860 sostuvo la doctrina de que la ley 11, tit. 1, *Partida 6.ª* citada no declara la incapacidad para ser testigos de ciertos y determinados parientes del heredero, en el testamento en que se hace la institución, sino en cuanto hayan de serlo de ésta, lo cual no puede verificarse en el testamento cerrado, por ser un secreto su contenido.

El Emperador Justiniano, en el § 11, título y libro citados de sus *Instituciones*, no negó la facultad de ser testigos á los legatarios y fideicomisarios, porque no son sucesores en todos los derechos del difunto, como tampoco á las demás personas con quien están unidos; por el contrario, se la concede expresamente, y con mayor razón, á aquellos que están ó que los tienen en su potestad.

Tampoco la legislación del Rey Sabio puso tal impedimento á los legatarios, sobre todo cuando se moviera pleito entre los herederos y los parientes del difunto.

Nozotros, á pesar de tales precedentes, aprobamos sin reservas la disposición del art. 682, no sólo en cuanto á la incapacidad de los herederos y sus parientes, sino también de los legatarios y los suyos. Es preciso rodear el acto del testamento de toda la seriedad, imparcialidad y confianza posibles, para que momento tan transcendental en la vida del hombre no quede á merced de testimonios cuya veracidad pueda por el más escrupuloso ponerse ni siquiera en duda. Y si en la ley procesal y en otras que re-

calificar indistintamente la anterior palabra «cantidad» y el concepto que antecede, «objeto mueble», sin tomar éstos aisladamente, ni refiriendo aquella primera circunstancia solamente á la «cantidad». De esa forma, el precepto de que tratamos debe leerse, diciendo que no están comprendidos en la prohibición anteriormente expresada los legatarios y sus parientes, cuando el legado sea de algún objeto mueble de poca importancia ó suma de escasa cuantía con relación al caudal hereditario. Para evitar esta redundancia es por lo que, sin duda, se redactó algo confusamente el párrafo 2.º del art. 682.

Nosotros sostenemos más. Creemos que en ese párrafo están asimismo incluidos virtualmente los objetos inmuebles; porque lo esencial, repetimos, de tal disposición es que la cosa legada comprenda una estimación reducida, comparada con el importe de la herencia. Y no había de darse el contrasentido de que en una que estuviera valuada en dos millones de duros, por ejemplo, pudiera ser testigo el legatario de una sortija apreciada en mil pesetas y no pudiera serlo en ese mismo testamento la persona á quien se le donara un terreno ó edificio tasado en cuatrocientos reales. La cualidad de bien inmueble no es de suponer que exija, por ese solo hecho, mayores solemnidades ó escrúpulos legales, para que el legatario de una cosa raíz deje como testigo testamentario, de estar sometido á la regla general. Si, pues, al cumplir la disposición que examinamos es preciso estimar el valor de la cosa para comparar éste con el del haber hereditario, la cantidad en que se valúe el objeto inmueble será la que habrá de tenerse en cuenta, y no la condición jurídica de las cosas que constituyen el legado. De esta suerte se armoniza en todas sus partes el espíritu del precepto legislativo y se le da la interpretación que más racional y lógicamente merece. En la próxima revisión del Código, sin embargo, convendría que aquél se redactara en forma más comprensible y menos expuesta á discusiones y diferencias.

El que ha de graduar la poca importancia del legado en relación con el caudal de la herencia, ha de ser, como no puede menos, el Notario, verdadero juez ó director de funciones y de la acertada concurrencia de solemnidades en el acto de otorgarse el testamento, y además responsable estrictamente con arreglo á los artículos 705 y 715 del Código (según se adopte en el testa-

decimos respecto del Notario, que, aunque interventor desinteresado en el testamento, tiene que formular juicios y dictar en aquel mismo momento verdaderos acuerdos, hasta cierto punto obligatorios, bajo responsabilidad futura de lo que entonces haga; juicios y acuerdos cuya ejecución no debe estar autorizada por testigos poseedores de fundada tacha legal para otros casos de muy análoga índole, y hasta en ocasiones, de mucha menor transcendencia.

Por lo dicho, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Enero de 1860 declara que es válido el testamento aunque alguno de los testigos sea criado del testador. Al contrario de lo que por algunos pudiera suponerse, de desear sería que los parientes del testador que no fueran sus herederos ó legatarios, ni aquellos á los que comprendiera alguna de las incapacidades ó incompatibilidades de los artículos 681 y 682, intervinieran exclusivamente en la mayor parte de los testamentos de sus ascendientes, de sus descendientes, colaterales ó afines; porque, asegurados de no corresponderles legalmente participación alguna hereditaria, el cariño que por naturaleza les inspira el testador, habría de evitar maquinaciones ó juegos insidiosos que tendieran á la adulteración de la última voluntad de aquél.

De algunas causas de incapacidad ya abolidas.—Con lo dicho quedan enumeradas todas las causas que inhabilitan para ser testigo testamentario. Dejan, pues, de regir desde la publicación del Código otras muchas, algunas ya caídas en desuso por motivos políticos, sociales, de religión, etc., que solamente podrán tomarse en cuenta para los testamentos otorgados con anterioridad á dicha publicación. Son tales prohibiciones las de los condenados por malas cántigas ó dictados (que serían hoy los penados por los delitos de injuria y calumnia), por hurto, homicidio ó por otro daño semejante á éstos ó más grave, y las de los que abandonan la religión cristiana, los apóstatas, los esclavos y los pródigos.

declarar que cuando uno de los testigos es rep al tiempo de hacerse el testamento, y aparece esclavo, el testamento vale—según un rescripto Adriano dirigido á Catonio Vero, y otro de los vero y Antonino—del mismo modo que si se hu se debía, porque en el momento en que se e era reputado como libre, y ninguno suscitó cues estado. Esta misma declaración se repite al fin *tulo I, Part. 6.^a*

En la legislación francesa se ha seguido igu varias decisiones de sus Tribunales, si bien, c consulto Rogron, los mismos han advertido q incapacidad de un testigo instrumental, el erro cansar sobre hechos y actos de posesión públi justifiquen ese error; siendo también preciso miento de la verdad resulte imposible.

En este último sentido, algunos autores, Troplong, Vittore Vitali y otros, manifiestan e errores comunes deben producir la exactament dad putativa; ni ésta, contra la real, á veces p validez del testamento; como, por ejemplo, trat ó del hecho de la condena por determinados d Registros públicos deben ser los únicos que dadera y oficial solución á las dudas que se ten

Es muy cierto el aforismo ya tradicional *facit ius*; pero es preciso no extremar los alcan ción, que algunas veces pudiera servir de pe ciones legales mal intencionadas. Ese error ha ha de significar la completa ignorancia por el río y los testigos de la circunstancia que deter cidad ó inhabilidad del testigo; porque, como los jurisconsultos antes citados, Vittore Vita solemnidad no puede atribuirse á defecto de la tador; y por esto sería grave anular el testame que no son culpables aquél ni el Notario. Y en se darían casos en que ese mismo error invenci la edad ó el parentesco, cuando éstos por el p averiguarse oficialmente y hubiera que pasar nión más generalizada sostuviere. Gran prud

mados á la presencia del testador. Nada nula la nulidad del testamento porque tales cosas no se realizan. El testador y el Notario cumplieron su deber y cuando única y posiblemente estaba con el mandato de la ley respecto á las formalidades de reunir los testigos. Los acontecimientos que sobrevinieron, ellos no podían preverlos, ni por ende su responsabilidad. De modo que si entonces el testador en todo lo por éste prescrito, eso será válido como hecho á la sombra de una buena fe. Esta doctrina, tan clara y evidente es, y no necesita explicaciones.

La ley de Enjuiciamiento civil, que es la que da solución terminante al caso que prevé, prescribe en su forma nuestro art. 683 (pues el proyecto de ley de la edad), nada expresa directamente. Se deduce de sus artículos lo propio que venimos diciendo. El art. 1.951 dispone que cuidará el Juez, bajo su juramento, que se exprese en las declaraciones la edad del testigo en el lugar en que tuvieren su vecindad al otorgarse el testamento, lo cual se infiere que no importa para nada que conste, la vecindad que goce el testigo al otorgarse. Eso mismo se desprende del art. 1.961. Si alguno ó algunos de los testigos hubieren sido ausentes, en cuyo caso se preguntará á los presentes por su firma y rúbrica y se examinará á los presentes si conocen la firma y rúbrica del fallecido ó si semejanza con las estampadas en el pliego, si pudiere tener lugar, será abonado el testamento.

No hay inconveniente en aplicar ese precepto á los testigos que se hayan hecho incapaces al producirse los hechos, en el supuesto de que estén testigos para declarar; porque, ni el art. 683, ni el art. 1.951 pueden prohibir al testigo inhábil prestar su declaración. Contramos obstáculo en la ley para que el testigo domiciliado del lugar en que se otorgó el testamento, si ha vuelto ciego, sordo ó mudo, ó los condempnados ó falsos testigos ó que estén

procedimiento contenido en el siguiente
apertura de testamentos cerrados y proto-
rias testamentarias.

ART. 684. Para testar en lengua
quiere la presencia de dos intérpre-
testador, que traduzcan su disposi-
testamento se deberá escribir en la

Concordancias.—Análogo al art. 566
de 1851 y en su mayor parte al 679 del de

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguna*

COMENTARIO.—El testamento en len-
llegar á otorgale un español, que preferir
no sea el suyo, ó un extranjero que no ten-
plear al efecto la única lengua que con-
prohibido en ninguna disposición del C
deduce de la facultad que tiene todo extr
España los mismos derechos civiles que
nalidad española, sujetándose, en cuanto
tuto formal, á las prescripciones de nues

Pues bien: en ambos casos, como gar-
los que han de conocer las declaraciones
cisas, además de las solemnidades norm
ñala el anotado art. 684, que tiene su fi-
artículo 566 del proyecto de Código de 18
de dichos artículos no indica claramente
trata es compatible con los demás cre-
dancia la observación que nosotros ha-
caso sería de mejor suerte y gozaría de me-
testase en lengua extranjera que el que lo
lo cual representaría un absurdo inadmi-
Lógica y de Derecho.

Luego, en tal sentido, la función de testigo es de menor importancia que la de intérprete.

La ley notarial italiana, menos exigente sobre el particular, dispone que si el Notario ignora la lengua extranjera, intervenga el intérprete, que no pueda ser testigo ó fedatario; cuando el testador no sepa ó no pueda suscribir su disposición, dos de los testigos presentes al acto deberán conocer el idioma empleado por aquél; cuando pueda hacer dicha suscripción, basta que un testigo ó intérprete conozca tal idioma.

La necesaria compenetración ó armonía de los artículos 681 (número 5.º) y 684 exigen como resultado que nos parece demasiado ilógico, que los testigos todos sepan el idioma en que el testador manifieste sus últimas declaraciones.

A lo que no creemos que se oponga en manera alguna el segundo de dichos preceptos, y de este modo se dulcifica lo violento de la forzosa deducción que antes hemos establecido, es á que esos dos intérpretes salgan de los mismos testigos requeridos para la forma especial de testamento de que se trate. En efecto: si dichos intérpretes ejercen la misión de traducir al castellano lo que el testador haya expresado en lengua extranjera, muy bien pueden ejercer al propio tiempo el cargo de testigo y con completo conocimiento de causa y antecedentes; y con mucha mayor razón comprendiendo los restantes testigos dicha lengua.

Los intérpretes serán entonces elegidos de entre los testigos por el mismo testador, á no ser que éste prefiera acudir al llamamiento de otros intérpretes, además del número completo de testigos que para cada caso requiera el Código; porque el lujo de formalidades en el testamento ya hemos dicho que no compromete la validez de éste.

Siguiendo el criterio que conceptuamos más racional y al mismo tiempo más prudente en la inteligencia del art. 684, los intérpretes, como tales testigos, que ejercen simultáneamente ambas funciones, han de reunir los requisitos que se desprenden de las excepciones señaladas en los artículos 681 y 682.

Si prevaleciera en la práctica ó los Tribunales declarasen preferible el riguroso criterio que materialmente da á entender el examen aislado é independiente de las disposiciones que antes citamos, se haría poco menos que imposible el que un extranjero pudiese testar en España en su nativo idioma. Un publicista espa-

Hay, por otra parte, la consideración del testamento cerrado es de carácter eminentemente secreto, que no sea el mismo testador, quien en tan completa seguridad para asegurarse de que después de su muerte nadie más que él conocerá las disposiciones que el mismo hizo, gozando de toda la libertad de testar, mirando sólo por el porvenir de su familia. Esto nosotros, lealmente hablando, en lo que respecta a la forma, no optáramos por hacer aplicable el art. 638 a los testamentos abiertos y ológrafos; pero no para los cerrados, sino para las exigencias legales del Código, y aceptando las conclusiones, opinamos, en contra del parecer de don Juan Amandi, que la necesidad de los intérpretes en la clase de testamentos; y como han de ser el mismo testador, el mismo, en el testamento cerrado, se refieren a los que más garantías de reserva de voluntad el art. 638 no expresa más que el extranjero de poder otorgar testamento ológrafo, como da a entender una disposición anterior, a lo que exige la misma, ó sea el art. 638 punto, con razones más convincentes, de don Juan Martínez Alcubilla formula en su *Diccionario de la Lengua Española*.

Y decimos además, con las salvedades que son forzoso tal criterio dentro del Código español, la necesidad de traducir el testamento a la lengua del testador, en los testamentos ológrafo y cerrado, con las diligencias de protocolización ante el Jefe de la Justicia según el Código y la ley procesal civil.

Mas como esta última es también deficiente, y no prevé tampoco que el testamento en idioma distinto del español, las dificultades de los testamentos de la intervención de los intérpretes no se corrijan por el legislador debidamente, ó se regule en forma más acertada la manera de otorgar el testamento extranjero. Para este fin, podría tenerse presente lo adoptado en el Código chileno (art. 1.024), en el que el testador no pudiese entender ó ser entendido.

mos, por consecuencia, se halla en las mismas condiciones que un extranjero que quiera testar en nuestra patria, sin conocer la lengua española.

En lo que respecta al Notario, los artículos 4.º y 62 (§ 4.º) del Reglamento de 9 de Noviembre de 1874 exigen á los que aspiren á servir en distritos donde vulgarmente se hablen dialectos particulares, que entiendan éstos suficientemente.

Nada dice el art. 684 de la clase de intérpretes que han de hacer la traducción del testamento, lo cual significa que puede desempeñar tal misión cualquiera que acredite en el concepto público poseer el conocimiento del idioma ó dialecto de que se trate. Pueden serlo, con mucha más razón, por consiguiente, los llamados intérpretes jurados, que son los que, según los artículos 48 y 50 del Reglamento de la carrera de intérpretes de 23 de Julio de 1883, se nombran en las provincias por el Ministerio de Estado, dirigiendo los interesados al efecto la solicitud por conducto del Gobernador de la provincia en que pretenda ejercerse el cargo, y acompañándose informe de esta autoridad sobre la necesidad de tal cargo y los documentos acreditativos de que el solicitante es español, mayor de edad y de buena conducta. El nombramiento se hará previo examen por la Interpretación de lenguas de dicho Ministerio, de los idiomas para cuya versión desee ser autorizado dicho solicitante, prestando éste juramento ante el expresado Gobernador de ejercer fielmente y en conciencia su profesión, sin que pueda cobrar otros derechos que los señalados en la tarifa vigente en la Interpretación central, y quedando siempre sus traducciones sujetas, si los interesados, Tribunales ó autoridades lo exigiesen, á la revisión de dicha dependencia.

Resumiendo lo expuesto respecto al art. 684, creemos que lo que éste da á entender es que, para testar en lengua extraña á la que se use en el lugar del otorgamiento del testamento, se requiere la presencia de los testigos exigidos en cada caso, según la forma de aquél, dos de los cuales ejercerán el cargo de intérpretes, elegidos por el testador, y traducirán la última voluntad al castellano, escribiéndose la misma en las dos lenguas; todo lo cual se ejecutará lo mismo en la forma de testar ológrafo que en la abierta y en la cerrada.

Conflamos en que en la próxima revisión del Código se ten-

PRECEDENTES LEGALES.—*Pa*
.....e deue ser muy acucioso el escriua
lós omes á quien faze las cartas, qui
manera que non pueda y ser fecho ni

Novísima Recopilación, ley 2.ª, tit.
mos, que si por ventura el Escribano
las partes que quisieren otorgar el t
no la haga ni resciba, salvo si las di
nosciere, presentaren dos testigos qu
que hagan mencion dello en fin de l
los dos testigos y asentando sus nor
y si el Escribano nosciere al otorga
que le conoce.

Art. 686. Si no pudiere ide
testador en la forma prevenida
cede, se declarará esta circunst
por los testigos en su caso, res
que el testador presente con di
personales del mismo.

Si fuere impugnado el test
corresponderá al que sostenga
la identidad del testador.

Concordancias. — Igual al art. 6
de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley*
de 1862.—Art. 23. Los Notarios dar
públicos de que conocen á las partes,
su conocimiento por el dicho de los te
otros dos que las conozcan, y que se llamarán por tanto testigos
de conocimiento.

También darán fe de la vecindad y profesión de los otorgantes.



no sólo al Notario, sino también á dos testigos, por lo menos, de los que se requieran en cada clase de testamentos.

Tan esencial es la prestación de dicho conocimiento por el Notario, que la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1865, fundada en las leyes de Partida y de la Novísima Recopilación citadas en los *Precedentes legales*, declara que es nulo un testamento otorgado ante Notario que no dió fe de conocer al testador ó de que concurriesen dos testigos que le conocieran; adoleciendo del mismo defecto insubsanable el testamento en que la personalidad del testador sólo se identifica por el dicho de uno de los testigos instrumentales, á que el Notario se remite (sentencia de 31 de Mayo de 1887); pero si el Escribano conocía al testador, la circunstancia de no dar fe especial de su conocimiento, dándola del contenido de todo el título, no obsta á la validez del testamento (sentencia de 25 de Febrero de 1881). Alguna contradicción notamos entre la doctrina que en esta última sentencia se sostiene y la que encontramos desenvuelta en una Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 17 de Enero de 1876, en la cual se declara que el Notario que se limita, al designar las personas de los otorgantes, á manifestar que las conoce «por sus nombres, profesión y vecindad», sin que dé fe de este conocimiento, incurre en una omisión que produce la nulidad del título, con arreglo al art. 27 de la ley del Notariado, sin que pueda considerarse subsanada por la expresión consignada al final del documento, de que da fe el Notario de todo su contenido, porque semejante frase sólo se entiende aplicable á las palabras, estipulaciones y condiciones que se atribuyen á los otorgantes, según lo declara el art. 83 del Reglamento de dicha ley, y de ningún modo puede comprender el conocimiento de las personas que comparecen ante el Notario, respecto del cual exige la ley que dé fe concreta y especialmente, ó que supla este solemne requisito en la forma establecida en el art. 23 de la ley del Notariado. Mayor fundamento jurídico encontramos en el criterio de la Dirección general que en el seguido por el Tribunal Supremo en la antedicha sentencia, pues el primero está basado en el tenor claro y terminante de las disposiciones legales vigentes, y distingue, á nuestro juicio con acierto, las diversas funciones que el Notario ejerce en un instrumento que ante él se otorgue; siendo, como es natural, función diferente la de asegurar la iden-

Los testigos de conocimiento, ghan de reunir las mismas cualidades que los instrumentales, siéndoles aplicables, por tanto, las prohibiciones enumeradas en los artículos 681 y 682? Aunque cuando la contestación es dudosa, porque en realidad el precepto que comentamos no descubre horizonte alguno para fijar una teoría segura sobre el particular, nos parece que tal duda debe desvanecerla el art. 67 del Reglamento del Notariado, según el cual, los impedimentos de que trata el art. 21 de la ley (de parentesco con el Notario y partes interesadas ó de dependencia y servicio doméstico del primero) no se refieren á los testigos de conocimiento cuando concurren solamente como tales.

Bien presente tenemos el art. 29 de la expresada ley notarial, que no aplica á los testamentos y demás disposiciones *mortis causa* los preceptos relativos á la forma de los instrumentos, número y cualidades de los testigos y capacidad de adquirir lo dejado ó mandado por el testador: Para tales casos regirán la ley ó leyes especiales de que estamos tratando en este comentario, en otros que ya hemos expuesto y en los que habremos de desenvolver más adelante. Pero, siquiera como argumento muy fundado de analogía, podrá servirnos el que nos proporciona el referido art. 67, para establecer que, aunque convendría y sería de desear que á los testigos de conocimiento no les afectase tacha alguna de las del Código civil, es imposible en determinadas circunstancias escrupulizar tanto el rigorismo legal. Al fin y al cabo, los testigos de conocimiento no son testigos del testamento, pues para éste quedan los instrumentales, sino testigos que se limitan á deponer acerca de la identidad del testador; y tanto es así, que sólo de este particular han de ser enterados por el Notario, al dárseles lectura de la declaración testamentaria ó del acta del sobre que contenga aquélla.

Claro es que no podrá ser testigo de conocimiento un ciego, un totalmente sordo ó mudo (á no ser que entendieran estos últimos por señales de indudable comprensión lo que se les preguntara), un loco, etc. Pero no vacilamos en sostener que en casos de extremas circunstancias debe ser válida la intervención, como testigos de conocimiento, de las mujeres, de los varones mayores de catorce años y hasta de los comprendidos en las categorías de los números 7.º y 8.º del art. 681, siendo posible, y del art. 682. Cuando las mujeres y los varones mayores de catorce años pue-

No creemos, como algún anotado, pues de la modificación últimamente hecha que imposible la manera de acceso al cumplimiento de los deberes y amenaza de exigirse á éste responsable por las infracciones que por su culpa en el otorgamiento de los testamentos las contingencias que la falta de Notario conocer al testador habrá de originar posibles circunstancias. Nos parece de la que dicho autor expone al afirmar que encuentre sin poder acreditar la identidad prescindiblemente en el caso de declinación por imposibilidad de desempeño á entender eso el recto y hasta literal artículo 686. El Notario que no conoce sus oficios, aunque los testigos aseguren, aunque no lo aseguren, no deberá poder autorizar el testamento; es más, creemos que legalmente está obligado á permanecer en su puesto, al tenor del art. 2.º de la ley del Notariado, y sin temor á las responsabilidades que para otros supuestos establece el Derecho; expresando, al redactar el documento testamentario, la imposibilidad de acreditar dicho conocimiento según el art. 685 del Código civil; y lo propio harán los testigos en los testamentos otorgados en tiempo de epidemia y en inminente peligro de muerte, si aquéllos llegan á escribirse, y si no se escriben harán tales manifestaciones ante el Juzgado cuando sean llamados en las diligencias para elevar á escritura pública la última voluntad declarada oralmente.

En uno y otro caso, tanto el Notario como los testigos, deberán reseñar los documentos que el testador presente con dicho objeto y las señas personales del mismo, para suplir de algún modo la expresión solemne del conocimiento que determina el art. 685. De esta suerte no hay responsabilidad para nadie. Ante lo inevitable de las circunstancias, el Código no pide imposibles á los Notarios y testigos, y soluciona las dificultades del mejor modo que resulta hacadero en la práctica. Esos documentos bien pueden ser la cédula de vecindad del testador, el título de diploma que indique su profesión, la partida de bautismo

estos motivos se considera nulo un testamento se limita á consignar que los testigos instrumentales á la testadora, sin hacer declaración identificarla en la forma prevenida por el artículo 687, nulidad que se declara contra la testadora, á los efectos del art. 687, cuyo efecto es el de anular al afirmarse por aquélla la validez del testamento.

Lo que, á nuestro entender, quiere significar el artículo 686 es que, si se impugna el testamento del testador no aparezca bien determinados y señas personales que á aquél sostenga la validez ha de justificar que el realmente se llamaba así en su testamento. El artículo 685 forma prueba plena, y como dicho artículo es un documento público, ya hemos visto, según el Tribunal Supremo, que sólo podía destruirse en contrario. De modo que en las hipótesis de infalibilidad del documento quienes lo redactaron; y, por lo tanto, los que lo acreditan forzosamente que el Notario y el escribano con una falsedad al manifestar que conocían al testador limitándose los instrumentos testamentarios á mantenerse en actitud de desvirtuar los datos probatorios que presentase el caso del art. 686, natural es asimismo que, si la disposición testamentaria sea eficaz en su forma, pero, formulada por quien sea parte legítima en la validez de lo dispuesto por el testador ha de ser válida de éste.

No creemos que exista inconveniente alguno en que haya de aplicarse el procedimiento del artículo 686 al propio tiempo lo que la ley del Notariado dispone para los testamentos instrumentales, ó sea que expresen los Notarios ó escribanos cuanto sobre la identidad les conste de propia persona, o bien los testigos instrumentales y de conocer que el exceso de datos pertinentes que conste en el instrumento testamentario, no han de dañar sino bien favorecerle.

no está loco, en ocasiones es sumam
Notariado, los Notarios daban fe de que
tenía la suficiente capacidad; pero sin
estaba en su perfecto y sano juicio en
cunstancias; y en esta duda, «no hay
Notarios más escrupulosos, es decir, i
marse siempre para que fueran á la cab
otorgarán el testamento, y muchos de
«porque eso de decir de esa manera
aseguran es verdad, de suerte que,
Notario reo del delito de falsedad por
relación de los hechos, aleja al Nota
fermo».

La primera redacción dada al art. 6
precipitación con que éste se publicó,
materiales ó equivocaciones simples d
á todo trance fuera sancionado bajo la
ó insigne jurisconsulto D. Manuel Alon
efecto sucedió.

Tal como hoy queda dictado dich
haberle puesto en consonancia con el a
sobre la manera de redactar los instrum
registro, de 9 de Noviembre de 1874, m
hombres de ley y satisface las exigenc
artículo 6.º, los Notarios harán constar
otorgantes tienen la capacidad legal n
acto ó contrato á que se refieran, cu
nará á *juicio propio* el Notario, no bast
en el instrumento, apoyándose en el so

¿A qué capacidad legal necesaria
artículo 685? Ignoramos por qué á algu
cos del Código les ha originado duda
frase es equivalente á la de testamentifi
lla bien determinada en el art. 673, ya e
examinado. Tienen testamentifacción s
dad necesaria para testar, en general
mayores de catorce años que ni hab
padezcan enfermedad alguna mental
juicio. De modo que bien fácil resultar

Sin embargo, cuando se trate de un testador declarado en forma como tal, ni el Notario, ni el demente se halle en un intervalo de lucidez, pueden negarse á autorizar su testamento en virtud de los requisitos del art. 665 del Código.

En los testamentos en que no interviene testigos, ¿han de dar éstos fe también del testador? El tenor literal de los artículos de tal misión, porque el párrafo 2.º del primer artículo bien claramente se refiere sólo á la obligación del testador, obligación que en el párrafo anterior queda ya examinada, aparte de la de dar fe del testamento. Ningún trabajo costaba haber engañado ó al menos haberlos subordinado á una persona que conoce al testador y así lo sabe el público, también sabe, por ese mismo motivo, que el testador es mayor de catorce años y que no es loco ó tiene en ese momento de su vida perdido su juicio. Y estas mismas preguntas deben hacerse siempre por los Jueces que intervienen en las diligencias para elevar á escritura pública el testamento, en la hora de la muerte y en tiempo de epidemia, y en el caso de Notario. La facultad de conocimiento que el Jefe de la mayor parte de las ocasiones, que la ley concede al Jefe legal para testar de una persona, y en caso de duda en esta última surgiera alguna duda á los testigos, si la estimaban en sentido afirmativo ó en sentido negativo de «á su juicio» ó «en su concepto».

Insistimos en creer que el juzgar de la capacidad de una persona no supone conocimientos especiales, sólo pueda formular tal apreciación el Notario. La ignorancia de las leyes no la supone el legítimo juez sobre tales materias, muy pocas personas que para hacer testamento se necesita tener un juicio formado de lo que se dice, no desvirtuado por el influjo de alguna manía, de algún arrebozo, de algún accidente epiléptico, de cualquier coacción, de cualquier engaño portugués y mejicano, y tener la edad suficiente para un regular discernimiento. La prueba de la observación la tenemos en que en los tes-

te ir
te pe
ca

se h
a, c
est
org
me
han
le f
tro
mie
ont
; pe
lelit
rma
e es
ons
as T

a di
end

a ya
Aut
rari
i, u
arte
pid
de

A pesar de la omisión y consiguiente nulidad, voluntariamente el testamento nulo, no podrá obre su nulidad.

encias, pues, el precepto del art. 687 es justo, lógico, dentro del organismo testamentario que Las formalidades que éste prescribe obedecen, ra de ser de cada forma especial de testar, á necesario, que es preciso respetar. Habrá unas

Y en la forma genérica y comprensiva en que está redactado el art. 687, ni el requisito más mínimo queda excluido. Todos están comprendidos y llegarán á producir la nulidad del testamento, si no se ponen en práctica tal como lo ordena el Código, puesto que en ninguno de los preceptos restantes de éste se descubre atenuación alguna á tal regla general, que convierta á ésta en más racional y práctica.

Los requisitos á que se alude en dicho precepto se refieren todos al contexto general del testamento, afectan comúnmente á todas sus cláusulas, y por tanto, cualquier omisión en tal sentido anulará aquél también totalmente; mas, si por incidencia ó fortuitamente hicieran relación sólo á una de las cláusulas testamentarias, por ejemplo, á la que comprenda un legado ó legados, ya tenemos dicho que la institución de heredero se salvaría de la nulidad y quedaría válida y subsistente, interpretando por analogía el art. 764; y viceversa subsistirían los legados si la nulidad se refiriese exclusivamente á la institución de heredero.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Febrero de 1891, el Código no distingue entre «*formalidades*» y «*solemnidades*» propias de los testamentos, sino que, por el contrario, emplea indistintamente una y otra palabra por ser sinónimas y por referirse ambas á la forma ó modo de hacer el otorgamiento, como lo demuestra también el art. 699 de dicho Código. Hacemos esta aclaración á propósito de la palabra «*formalidades*» que emplea el art. 687.

SECCIÓN CUARTA

Del testamento ológrafo.

El Código comienza el examen detallado de las formas de testar por la más sencilla y de menor número de solemnidades, por la primer forma del testamento común, ó sea la ológrafa. La etimología de esta extraña palabra es lo que primero nos indicará el concepto que trata de representar; se compone de dos palabras griegas, *olos* y *graphos*, una de las cuales significa *entero*, y

cia; de lo que también se deduce etimológico, porque si ha de ser testador la que figure en tal testamento es que sea ella también la que no puede concebirse en primeramente ológrafo verbal.

Tal forma de testar, por su sencillez y comprensión, parece que debió ser muy antigua, aun más, la de los primeros tiempos desde que el testamento se hizo libre por el cual una persona podía disponer de las referencias á la cuantía de su fortuna que debían reservarse en favor de sus herederos, transmitía su fortuna para como bien le pluguiese. No la usaron los tiempos de mayor progreso hasta darlo á entender el jurisconsulto romano, en su monografía *De testamento*, al afirmar que es una verdad que sucede siempre de lo compuesto sucede en lo relativo á la forma, por lo que la forma ológrafa fué la que tardó más en aparecer, pudiendo considerarse, bajo tal aspecto, de uso universal en las sociedades civiles, como argumento de mayor cultura y del progreso del Derecho.

El escribir cada uno su última voluntad á la hora que mejor le convenga, sin más que tener á su alcance medios para exteriorizarla en la escritura, sin contar con otros testimonios de los que dependa la eficacia de la manifestación testamentaria, parece facultad autorizada sólo por legislaciones nacientes, por organismos de Derecho nada complejos, cuando ni las desconfianzas

tal testamento, sin embargo, no podía dejarse nada á persona extraña, ni desheredar, ni dar tutor á los descendientes, pues para ello se hacía preciso testar en forma ordinaria. Ese mismo testamento es el que todavía hoy parece vigente en Cataluña y el que el *Fuero Juzgo* y las *Siete Partidas* previeron en sus *leyes 15, título V, libro II, y 7.º, título I, Partida VI*, respectivamente.

En tal sentido, pues, no negamos que en el Derecho español tenga algún precedente el testamento ológrafo, aunque tanto el Código gótico como el alfonsino dictaron esas leyes exclusivamente (así nos parece) por la fuerza é incontrastable influjo de la tradición romana, que de modo principal dominaba y preocupaba en todas sus obras legislativas al Rey Sabio.

Pero de tal reconocimiento ¿podrían dedudirse las excelencias de esa forma de testar? ¿Merece esta última defensa á la luz de los principios jurídicos, de los de utilidad y conveniencia del testador y de los que deben informar una legislación prudente y previsora ante los ataques que á la inviolabilidad de los últimos pensamientos son de presumir desgraciadamente, por las enseñanzas que una constante experiencia nos está proporcionando en todos momentos? Cuestiones son éstas que hemos forzosamente de dilucidar en este lugar, como más apropiado para el caso, dada la novedad que en la esfera de los preceptos obligatorios ha traído á nuestra patria el novísimo Código civil, y cuestión en que, como ocurre pocas veces, la fuerza de la corriente jurídica, representada por el mayor número y por lo más escogido de los pensadores y tratadistas de Derecho, da ya por resuelta en sentido contrario al de una

te, la verosimilitud indica y las en-
confirman el hecho de que una per-
solempne testamento abierto ó cerr-
quererlo aquélla, revocado por uno
aparezcan perfectamente imitadas la letra y rúbrica
del verdadero testador.

Además, como dice un autor español, tal forma de
testar no ofrece garantía alguna de la capacidad del
que la emplea, así como de si obra violentado por fuerza
irresistible, coacción ó miedo. Las disposiciones gene-
rales á toda clase de testamentos en lo que á la persona
del testador se refiere, indican que no conviene dar
plena fe á lo que éste afirma en su escrito; no habiendo
posibilidad de cerciorarse si en ese momento es mayor
de veintitrés años, si se hallaba en su sano y cabal jui-
cio, si dictó sus disposiciones bajo el influjo de causas
á él extrañas. Y como la parte procesal de esta sección
cuarta, en cuanto hace referencia á las diligencias de
protocolización del testamento ológrafo, para nada se
acuerda de la comprobación de la capacidad del testa-
dor y demás extremos referidos, resultará que, á no
pasar el Juez por encima de la letra de tales preceptos,
quedarán sin dilucidar requisitos de tal entidad, que
afectan por entero á la esencia y sustancia de la ins-
titución testamentaria; y el heredero ó legatario per-
judicados ó interesados en que aquélla no prevalezca,
aun plenamente convencidos y asegurados moralmente
de los motivos de nulidad que harían ineficaces los
testamentos abiertos ó cerrados, no pueden en la forma
olográfica intentar reclamación de ninguna especie, por
no contar con pruebas legales y de las únicamente ad-
misibles en los Tribunales de justicia.

no de frente, no por ley, en nuestra tituyen todavía un verdadero semill germen de causas criminales, y eso en el testamento; y cuando por ens así en nuestro Derecho una instit observa que ha producido fatales r tando considerablemente la crimina de falsedad, quitando garantías á la mentarias; cuando ese espectáculo creíble que ni siquiera se hayan pue res limitaciones á una nueva forma expuesta en la práctica á peligros t transcendentes.

Menos mal si siquiera se admit ológrafo como forma supletoria de nadas circunstancias de la vida ó p ó modificar un testamento solemne a gado, siempre que esto se hiciera i garantías para el caso requeridas, y á lo que antes venían logrando las n tarias.

El jurisconsulto aragonés, Sr. M. opúsculo que ya en otra parte rec sobre el particular un juicio que t otro, nuestras ideas del momento.

«No es ciertamente la mejor épi admitir una forma de testamento en rantia consiste en la letra del testado dentes imitaciones que hoy se hacen que han ocurrido casos en los que, no sino la misma persona que escribió acertara á distinguirlo de la imitaci

motivo, la ológrafa no constituye en i aparte, por cuanto el testador puede dejar su testamento en pliego cerrado ó en un voltura de ningún género. Y por esto, n aun como forma de menores solemnidad girse que alguna de éstas concurrieran, y de los del testamento abierto, ó ya de l según el testador hiciera el testament forma reservada ó pública.

En pueblos donde faltara Notario ¿ne alguna mayor garantía y seriedad el b bierta del testamento ológrafo cerrado, párroco, y por dos ó tres testigos sim debe suponerse que el testador tenga e siempre algunas personas hábiles para cuales sirvan para autorizar con sus firm del documento en que se halla expresad luntad? Es de tener en cuenta que el t grafo se ha de otorgar en instantes de previsión y orden, mediando la calma lograr el concurso de todas las formalid caso supuesto hicieran depender la efic de alguien más que de quien lo escribe y vez que para los momentos de apuro y u ría en vigor el testamento del que se h inminente de muerte.

En una palabra, queremos equiparar el acto de otorgamiento de un testamen cillo de la vida, en las relaciones jurídica mitir, por documento privado, la pro objeto mueble ó inmueble de la menor i rústico labriego, el más indocto propie

general, haciendo que una forma de testar propia solamente de momentos excepcionales, que hacen imposible el cumplimiento de otras formalidades más solemnes, se haga de uso universal y sea la primera que se estudie en nuestro Código, para dar á entender que es la más corriente é indicada en todos los casos.

Ni siquiera en la misma Francia—á imitación de cuyo Código Napoleónico otras legislaciones admitieron el testamento ológrafo—tuvo éste en un principio un carácter general, porque en las regiones del llamado Derecho escrito no se permitía sino como forma privilegiada en los testamentos de los padres á los hijos; ya que la Novela Valentiniana ó Teodosiana, que no formaba parte del Código Justiniano, tampoco llegó á incorporarse á dicho Derecho; en las provincias de Derecho no escrito, ó sea aquellas en que sólo imperaban los estatutos ó las costumbres, regía la disposición que tomó cuerpo en el primer proyecto de Código civil francés, según el cual, la donación por testamento puede ser hecha por acto público ó por escritura privada.

Los Códigos que aceptan el testamento ológrafo son: el francés (art. 970), el italiano (art. 775), el holandés (979), el austriaco (577 y 578), el de la Luisiana (1.579), el de la República Argentina (3.639 á 3.650), el de Bolivia (662), el del cantón de Vaud (448), el del cantón de Friburgo (794), el del cantón de Neuchâtel (710) y la ley especial del cantón de Saint-Gall (64). No admiten tal forma de testar los Códigos de Portugal, de Sajonia, de Méjico, de Guatemala, del Uruguay, de Chile, de Alemania, de los Estados Unidos, el Código sardo y las leyes inglesas.

La legislación foral tampoco admite dicho testa-



Si contuviere palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

Concordancias.—Análogo al art. 564 del proyecto de Código de 1851, igual en los párrafos 2.º y 3.º al 684 y análogo en su último párrafo al 685 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, libro segundo, título V, ley 15.*—...Cada uno omne deve escreuir su manda con su mano, e diga special mientre que manda fazer de sus cosas, o a quien las manda, e notar y el dia y el anno en que faze la manda, e despues que tod esto oviere escripto, escriba en fondon de la carta que lo confirma con su mano...

Partida 6.ª, tit. 1, ley 7.ª—... La segunda manera es, que si el padre supiesse escreuir, que lo puede fazer de su mano, diziendo en el los nomes de todos sus fijos, e todo su testamento en que manera lo faze, e como lo ordena, e sobre todo deue el assi escreuir: Todo quanto en este testamento escreui, quiero que sea guardado...

ART. 689. El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador, ó al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este requisito no será válido.

Concordancias.—Art. 592 (primer apartado) del proyecto de 1851. Análogo al art. 686 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, libro segundo, título V, ley 15.*—... E depues que los herederos e sus fijos ovieren esta manda, fasta XXX annos muéstrenla al obispo de la tierra,

ros tales
ue fizo la
a manda,
e connos-
l escripto

digo civil,
El primer
a edición
e á la se-

gunda edición, se dice por sus ilustres autores que, con la mira de asegurar la autenticidad de las disposiciones testamentarias y de alejar el peligro de las falsedades, se ha restringido la facultad de hacer testamento ológrafo, concediéndola tan sólo á los mayores de edad, aunque baste la de catorce años para testar en otra forma. No fueron, sin duda alguna, ajenos á esta muy importante y laudable modificación los meritorios esfuerzos de los oradores que en el Congreso de los Diputados y en el Senado hicieron objeto preferente de sus críticas la redacción deficiente del primitivo art. 688, sobre todo de los Senadores Sres. Silvela y Comas. Los argumentos de éste, de modo principal, debieron decidir la reforma, al evidenciar que la letra de los niños de catorce, quince, diez y seis y hasta diez y siete años, mal podría servir para dar sello de autenticidad á cualquier testamento, atendido sólo ese extremo, ni tampoco la de los estudiantes; no teniéndose, además, á la edad de catorce años, firma alguna en documento público, con la cual pueda hacerse la confrontación de la que se estampase en el testamento ológrafo. Y si, tratándose de los estudiantes, se acudiera á las firmas que ponen en los libros de exámenes, después que han pasado por el duro trance de ser examinados, con todo el susto y desasosiego que es de suponer en tales casos, no habría ningún testamento ológrafo que por aquéllos que se pareciese á su letra.

II. *Consideraciones generales acerca de lo concurrir en la redacción del testamento ológrafo* todo y firmado por el testador, con exp día en que se otorgue, y deberá extenderse rrespondiente al año de su otorgamiento. nidades más fundamentales que debemos comprende el art. 688, puesto que las de s cuarto, unas constituyen aclaración ó detal dicho, debiendo formar un precepto aparte El extremo de que dicho testamento ha de tero y firmado por el testador, es el más ese lo que precisamente exige la etimología de l según ya hemos dicho, lo que constituye el dor del testamento ológrafo respecto de lo pósito, dice el jurisconsulto italiano Vittor testamento ológrafo la cédula testamentaria en alguna parte por mano de otro, como de racteres del triángulo aquella figura geom tasen uno de los tres lados ó de los ángi autor que esa forma de testar se distingue blico en que éste se escribe por mano de N hace el propio testador; y se distingue del secreto, en que la cé- dula en que éste consta, aunque puede revestir los caracteres del testamento ológrafo, puede también ser escrito por mano de un tercero; diferenciándose asimismo los tres por su forma extrín- seca y por la cualidad del autor instrumental, pues mientras el testamento público es auténtico, y el secreto mixto, el ológrafo es eminentemente privado. Esta observación, dentro de nuestro Código civil, tiene en contra suya únicamente las excepciones de los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte y e tiempo de epidemia.

Es tan rigurosa la exigencia de que el documento se hall todo él escrito y firmado por el testador, autógrafo, en una pala bra, que algunos Códigos, como el de la República Argentina (artículo 3.640), ordenan que si contuviere algo escrito po mano extraña y formare parte del testamento mismo, el testa mento será nulo si lo escrito lo fué por orden ó consentimiento del testador. Sin embargo, no debe llevarse tan al pie de la le tra tal prescripción, porque si no podría cualquier persona ex

pal de la disposición, como tratándose del legatario, de la cantidad hereditaria si caso es imposible dar valor al testamento se encuentren, pues dudándose muy fidedignidad de los caracteres alfabéticos, y de que aparece el único motivo y razón de su forma de testar, que sólo se respeta y puede racionalmente acreditarse que el testador por su sola inspiración, dió forma y orden á la distribución de su patrimonio para observarse después de su muerte.

Los Tribunales franceses han declarado que las palabras y las comiendas no vician el testamento si las palabras que se encuentran en ese caso con las interlineadas, aunque no hayan sido escritas al mismo tiempo; correspondiendo proporcionar la prueba añadida después al que afirma este extremo.

De modo que, para que puedan estar válidos un testamento ológrafo las palabras ó enterrrenglonadas que en él se encuentran salvadas por el testador bajo su propia firma.

Así debe entenderse el correspondiente

•••

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también se inclina resueltamente del lado de la validez, y por su importancia, y como aclara el artículo 688, vamos á dar cuenta de una resolución dada por dicho Supremo Tribunal en 4 de Agosto de 1884 en la *Gaceta* de 5 de Agosto del mismo año.

El caso es el siguiente:

A) En dos pliegos de papel del sello de 15 céntimos, números 2.584.291 y 2.584.290, colocados uno al lado del otro, aparece escrita al lado del sello, á la derecha, la palabra Agosto, de 30 milímetros de largo, y de tinta de 36 milímetros, también de la misma tinta, la palabra al sello 15 milímetros.

adjudiquen 10.000 duros para una fundación cuya suma podrán disfrutar tranquilamente mientras llenen las cargas de una misa de restituir el todo ó la parte que corresponda si alguna hubiere; asimismo quedará libre de su compromiso el dote ajeno á su voluntad y exento de las cargas si perdiese el capital.

Tercera. Habiendo recibido innumerables visitas de la Misión católica, á la cual tengo la dicha de pertenecer, quiero vivir y morir, y conociendo por experiencia que me rodean de cuánto provecho esta ciudad de Sigüenza, donde he tenido de vivir, y en la cual deseo ser enterrada junto á mis padres y de mis hermanos, la existencia de una Comunidad religiosa que atiende á las necesidades que lo necesiten en sus desconsuelos, para gloria de Dios Omnipotente y de sus almas, es mi voluntad que se entregue á la Congregación de la Misión de San Vicente de 20.000 duros, para que él y sus sucesores, con venia del Prelado, hagan residir en ella á los Sacerdotes de su Congregación para que sean propios de los hijos de San Vicente de las instituciones, con obligación asimismo de predicar públicamente, para que los fieles de esta ciudad que se celebren y pedir en ellas por el alma, asimismo con confesonario abierto para que se confiesen; suplico que me hagan un aniversario de mi voluntad que si por cualquiera causa no pudiesen, los Superiores de la Congregación de la Misión de San Vicente los padres en esta ciudad, disfruten de ella tal donde puedan trabajar, sin que necesiten de cuenta.

Cuarta. Deseando cooperar al bien de mis hermanos y hermanos míos en Cristo Jesús, es mi voluntad que se haga entrega de la suma de 10.000 duros al lado de Sigüenza para que á su voluntad los Superiores dignos, conceda las becas correspondientes.

harán que se cumpla esta mi voluntad t en este testamento, y sin que haya nadi nados, ya juntos si viven, ya uno de e muerto, pueda inmiscuirse en este asun que se cobren las dietas que fueren neci esta mi última voluntad.—Balbina Pardo con rúbrica, leyéndose al final de la car cuarto termina lo copiado, la palabra V se halla la siguiente:

«NOTA. Es mi voluntad que sea tam Reverendo Padre Sr. D. Eladio Arnáiz, gación de la Misión.—Balbina Pardo y «Además es mi voluntad que si al tiem biera bastante capital para cumplir t cumplidos los números 1.º, 2.º, 3.º y l otros quedarán sin cumplir.—Balbina F también rubricado.

B) En el transcrito documento es de al principio respecto de la palabra «A, línea de la primera cara, la palabra «de las dos cifras «29» y «1890», aunque no ó por tener el papel en aquel lugar meno diferente á las demás de su clase lo pare se halla en la línea tercera de la primer sus dos últimas letras.

La letra *i* de la palabra *hija*, de la entre renglones.

Las sílabas «*signo*» con que empieza con la de *con*, en que termina la primer *signo*, tiene la letra *n* también escrita e

La última palabra de la primera lín enmendada la primera vocal y no se sa

En la línea tercera de la misma car mento, la palabra *duros* de un legado p sas, tiene enmendada la *u*.

La línea vigésima de dicha cara ter bra *de*, que está cruzada ó tachada por i bien diagonal que perpendicular, pero leyéndose perfectamente esa palabra.

plidas las diligencias y comprobaciones o pronunció auto mandando protocolizarlo.

En 13 de Abril de 1891, una tía carnal puso demanda pidiendo se declarase la nulidad en atención á las faltas que en el mismo pleito en ambas instancias y resuelto en su validez, se interpuso recurso de casación, de los artículos 688 y 687 del Código civil.

D) El Tribunal Supremo denegó el recurso siguientes

Considerandos:

1.º Que la sentencia no infringe el artículo 687 como se afirma en los tres primeros motivos, por sostener su infracción parte la recurrente, de que el testamento ológrafo que contiene Balbina Pardo y Oter, palabras tachadas renglones, y no las salva el testador bajándose el párrafo 3.º del citado artículo, es nula, dada tal omisión sólo puede afectar á las palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones del testamento mismo; ya por estar en el párrafo 3.º determina las condiciones necesarias para la validez del testamento ológrafo, ya porque, de admitir el recurso al citado párrafo 3.º, se llegaría al resultado de que las enmiendas no salvadas, que en materia esencial y preceptiva del testamento, vinieran á anular éste; y ya porque el precepto contenido en el dicho párrafo ha de entenderse en perfecta armonía y congruencia con el art. 26 de la ley del Notariado, que declara nulas las adiciones, apostillas, enterrenglos, raspaduras y testados en las escrituras matrices, siempre que no se salven en la forma que se previene, pero no el documento que las contenga; esto aparte de que, como acertadamente se consigna en la sentencia recurrida, las palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones observadas en el testamento de Doña Balbina Pardo, reducen á letras que no crean duda alguna acerca del pensamiento de la testadora, ó constituyen meros accidentes de ortografía ó de pureza escrituraria sin trascendencia alguna.

2.º Que no infringe la sentencia los artículos 6.º y 688, en :

ducirán la primitiva disposición testamentaria; lo cual también representa una mayor garantía en favor del testamento ológrafo que se halle en ese caso. El Código de la República Argentina (artículo 3.641), permite testar en forma ológrafa, en cualquier idioma también.

B) Del testamento ológrafo de los sordomudos. — C) ¿Pueden los ciegos otorgar testamento ológrafo? — Según lo expuesto, ¿pueden hacer testamento ológrafo los ciegos y los sordomudos? Respecto á los últimos no debe caber ninguna duda; sabiendo escribir, expresan sus últimas disposiciones ó pueden expresarlas con tanta facilidad y perfección como el que disfrute del sentido del oído y de la facultad de hablar. En cuanto á los ciegos, al proponer tal duda, tenemos presente los modernos inventos hoy conocidos y hasta generalizados entre esos desgraciados, merced á los cuales consignan perfectamente sus pensamientos, despachando por sí mismos su propia correspondencia y grabando hasta los signos musicales, existiendo métodos, composiciones y obras literarias, científicas, etc., compuestos para ser comprendidos por el ciego, merced al exquisito tacto que los de su clase gozan. Dichos inventos se fundan todos en la impresión que en la yema de los dedos producen determinado número de puntos de relieve hechos por punzón sobre papel especial para el caso; puntos que, según el número, constituyen el alfabeto y el pentágrama del ciego. Pues bien: ¿podrá éste, por ese medio, testar, ó aun valiéndose de la escritura normal, si á tanto llegan su ingenio y raras habilidades? Casos de estos, aunque no frecuentes, se dan en la realidad; en el *Repertorio de Jurisprudencia* de Dalloz se cita el ejemplo de la Marquesa Deffentes, la cual, no obstante haber perdido la vista, podía, con la ayuda del tacto, continuar su correspondencia con Voltaire y con otros sus amigos. El jurisconsulto Vittore Vitali estima que, no pudiendo presumir la incapacidad, ni prohibiéndolo ningún texto de la ley, debe sostenerse que la ceguera no es impedimento legal para testar en la forma ológrafa; y en este sentido lo juzgó el Parlamento de París, en una sentencia de 1770; opinión que combaten autores como Grenier, Arciri, Borsari, Paoli y otros; aunque los más, según el primero, admiten que el ciego que sepa escribir y leer pueda válidamente disponer en dicha forma. Troplong resuelve la dificultad admitiendo la intervención de un

Es muy posible que un ciego pueda, con ayuda del tacto, y contando con disposiciones y hábito grandes, escribir por medio de la pluma ó del lápiz con tanta seguridad como uno que goce de la vista; y aunque deba aconsejarse á los Tribunales que procedan con extraordinaria cautela y prudencia en la comprobación de letras y dilucidan cuanto les sea posible el extremo de si ese ciego disfrutaba de la habilidad de escribir por sí mismo en la forma que muestra el escrito objeto de las diligencias judiciales de protocolización, es de justicia evidente que no se restrinja en el caso bajo que vamos discutiendo la testamentifacción activa del ciego, cuando el Código tiene declarado solemnemente (artículo 682) que pueden testar todos aquellos á quienes la ley no lo prohíbe expresamente; luego con arreglo á principios análogos, y por los axiomas jurídicos de *«odiosa sunt restringenda, fauores sunt amplianda»* e *«in dubiis benigniora preferenda sunt»*, cabe estimar que el ciego que sabe escribir con caracteres alfabéticos está capacitado para otorgar testamento ológrafo.

D) *Del testamento ológrafo epistolar.* — No ha de constituir el testamento ológrafo cualquier documento que el testador haya dejado escrito por sí mismo y firmado, aun refiriéndose á materias testamentarias. Es preciso que conste la intención de aquél manifiesta y claramente expresada en el sentido de que se tenga por última voluntad la que resulta contenida en el pliego ó papel de que se trate.

Los autores discuten sobre si es admisible «el testamento ológrafo extendido epistolarmente, ó por cartas. El Código de la República Argentina (art. 8.648) dice que las cartas, por expresas que sean respecto á la disposición de los bienes, no pueden formar un testamento ológrafo. Tal cuestión entre nosotros no es difícil de resolver, porque el Código exige terminantemente que el testamento deberá extenderse en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento; y no es dable suponer que las cartas se escriban en pliegos de papel sellado, ni tampoco podría admitirse, dado el objeto á que tiende este requisito, que á una carta, considerada testamento ológrafo de una persona, se le añadiera una de las llamadas pólizas de impuesto, aunque equivaliera, para los efectos fiscales, al empleo del pliego de papel y aunque refiriera el año en que realmente fué incorporada por el testador á la epístola.

•••

dor, indicaban de manera innegable la fecha precisa del primero, aunque no resultaba fechado; porque (se dice) las fórmulas de tal extremo, aun en materia de testamento ológrafo, en que este requisito es sustancial, no tienen nada de exclusivo, ni de sacramental; basta que los elementos irrecusables de la fecha resalten, de una manera clara y precisa, de los términos del testamento: Y, en efecto, sería quebrantar la voluntad del testador y hasta la evidencia misma de las cosas el negar la eficacia de una fecha cierta porque no estaba expresada ó formulada de determinada manera.

Sin citar otros valiosos precedentes, mostramos en el mismo sentido con ellos nuestra completa conformidad, porque realmente no admiten réplica, aun dentro de la contextura de nuestro art. 688. El legislador exige que del testamento resulte claramente el año, mes y día en que se escribió: Mas cuando por otro medio, que no sea el normal y corriente, se pueda de igual modo averiguar tan importante circunstancia, el resultado será idéntico y el requisito ordenado quedará del propio modo cumplido.

¿Cuál será la fecha que deba ponerse al testamento? Entendemos que la correspondiente al día en que se firme aquél. Este momento es el en que, como dice un autor, el escrito pasa de la categoría de proyecto de testamento á la de última y solemne voluntad de una persona; del momento ese parten, según ocurre en toda clase de documentos, todos los efectos que de la escritura se esperan; el que firma uno de aquéllos se entiende que ha aprobado entonces su contenido y aceptado las consecuencias que con él se compromete á afrontar. Esto no quiere decir que no pueda un testamento ológrafo contener varias fechas, porque el Código no exige, ni podía razonablemente exigir, lo que requiere imperiosamente, tratándose de los testamentos abierto y cerrado, ó sea la unidad de acto, para que el testador exprese en un solo momento sus últimas disposiciones. Bien pueden éstas estar consignadas, tratándose de la primera forma de testamento, en diversas épocas y suscritas cada una ó cada grupo de ellas con fecha distinta; por esto dice el art. 3.647 del tan citado Código de la República Argentina (al que acudimos con repetición por lo completo y detallado sobre el particular) que el testador no está obligado á redactar su testamento de una sola vez ni bajo la misma fecha; si escribe sus disposiciones en épocas

voluntades al prescindir de un requisito que tanta significación tiene, por referirse quizá á uno de los rasgos que más caracterizan é individualizan á una persona.

Dice bien Vittore Vitali: un heredero de poca conciencia que, revisando los documentos del difunto, hubiese encontrado una disposición escrita á su favor, pero falta de la firma, le sería muy fácil imitar una cruz, un timbre ó cualquiera otra señal que no fuese del autor del escrito restante; por eso el legislador habría en tal caso dejado abierta la puerta al fácil fraude de la codicia.

El jurisconsulto Laurent estima que no son suficientes las iniciales del nombre y apellido del testador para considerarlas como firma de éste en el testamento ológrafo, fundándose en la noción general de las palabras «suscibir», «firmar», las cuales indican la escritura del nombre y apellido que se consignan al pie de un acto. Dos decretos de la Corte de casación francesa de 23 de Marzo de 1824 y 10 de Marzo de 1829, declaran que la firma consiste en la inscripción del nombre de familia; aunque la Corte suprema juzgó válido un testamento firmado con otro nombre que aquél; pero estaba entonces probado que el nombre consignado en el testamento era un sobrenombre adoptado desde largos años para distinguir una rama de las otras de la familia, y que el testador venía usando desde largo tiempo en los actos civiles, solemnes ó privados que había suscrito antes del testamento.

La Corte de París, en otro fallo de 7 de Abril de 1848, opinó de la misma manera en un testamento que ofrecía la circunstancia de que el testador había firmado con otro nombre distinto del que le pertenecía, según su acta de nacimiento, pero con el cual era generalmente conocido, y con el que acostumbraba ordinariamente á firmar.

El *mínimum* de solemnidades que puede exigirse del testador es que se le admita firmar con la inicial de su nombre y el primero de sus apellidos, si así vino haciéndolo en los distintos actos de su vida. Sin embargo, podría darse el caso de que una persona acostumbrase á firmar solamente con el nombre ó con el apellido, lo cual ocurrirá muy contadas veces, aunque entra en la previsión del comentarista el tenerlo en cuenta. Si tal sucediera y apareciera acreditado que era esa la forma habitual de suscribir otros escritos dicha persona, no tendríamos inconveniente en aconsejar que por ese sólo reparo no se invalidara el testamento

cuenta que la acepción legal de la p trazar letras, caracteres, sin que la ley miento ni la materia con la que esos es dos, ni en lo más mínimo haya subord critura al empleo de un instrumento p especial; del mismo modo debe reputar á la que faltan algunos trazos de pluma que ciertas personas po nen ordinariamente á continuación de su firma, cuando se prueba además que ésta, aunque desprovista de ese rasgo ó rasgos finales, está escrita de mano de aquél á quien se atribuye. Esto no contradice la teoría que en párrafos anteriores hemos sostenido, de que la firma que autorice el testamento sea la misma que la que el testador acostumbraba á usar en vida; porque el expresado accidente no afecta á las condiciones esenciales de una verdadera y auténtica suscripción, en el caso litigioso á que nos referimos.

Por último: el testamento ológrafo ha de extenderse en un pliego de papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento. Entendemos que la exigencia de este requisito no persigue fines fiscales ó contributivos, ó, por lo menos, no ha sido éste el primordial objeto con que se ha consignado en el artículo que comentamos, y que ya lo requería el 564 del Proyecto de 1851. Hecha esa salvedad, ya nos será fácil terciar en la discusión que á algunos tratadistas españoles separa, al tratar de averiguar qué clase de papel sellado es la que debe emplearse con tal objeto. Sostiene el Sr. Abella (*Novísimo Código civil español, anotado*) que habrá de usarse el señalado en la regla 1.ª del art. 21 de la ley del Sello y Timbre de 1881 para los testamentos cerrados, ó sea el de 50 pesetas. Opina el Sr. Alcobilla (*Diccionario de la Administración Española*) que el testamento es válido, siempre que el papel sellado corresponda al año de su otorgamiento, ya aparezca extendido en el 100 pesetas ó ya en el de 10 céntimos, límites máximo y mínimo de las especies que enumera la ley del Timbre, pues no puede considerarse que ese requisito sea un pretexto de lucro para el fisco. El Sr. López R. Gómez, en la obra que varios veces hemos citado, se inclina á creer que, prudencialmente y por analogía, debe aconsejarse el empleo del papel sellado que usan los Notarios para las escrituras matrices del testamento abierto. El Sr. Goyena, al comentar el citado artículo del Proyecto de 1851, juzga que la formalidad del papel sellado

postrera voluntad, siempre que sea sellado, puede ser cualquiera que corresponda al año del otorgamiento de aquélla. En todo caso, y por desfavorables que fuesen las contingencias, como dice el Sr. Navarro Amandi en el *Questionario del Código civil reformado*, el testamento sería válido sin perjuicio de los reintegros que establezcan las disposiciones fiscales. Rogrón, refiriéndose á la legislación de su país, también con el mismo motivo, afirma que si el papel en que está escrito el testamento no es timbrado, habrá lugar simplemente á la aplicación de la multa dispuesta por las leyes relativas al timbre.

*
* *

Del testamento ológrafo otorgado por los extranjeros.—El último párrafo del art. 688, que está tomado del 685 del proyecto de 1882, autoriza al extranjero para testar en forma ológrafa, empleando su propio idioma; declaración que en rigor de Derecho holgaba, si no sirviera para aclarar en qué lengua habían de otorgar dicha clase de testamento los no nacionales ó naturalizados en España. En efecto: la facultad que á éstos asiste para testar en esa forma, es indudable dada la naturaleza del estatuto formal por el que en Derecho internacional se rige lo relativo á las solemnidades externas ó formalidades de los actos jurídicos, con referencia á los que los otorgan y no son naturales ni nacionalizados en el país en que crean sus relaciones de Derecho.

Ahora bien: respecto á la clase de idioma que con tal objeto puede usar el extranjero, los más de los tratadistas convienen, y así nos parece á nosotros lo más racional, en que puede ser cualquiera; dejándose á dicho extranjero en la misma libertad de elección que al español para manifestar sus disposiciones posteras en el lenguaje que más familiar y más *propio* le parezca. Esta es la más adecuada interpretación que corresponde á dicha palabra; porque ¿se atrevería nadie á rechazar, y menos á declarar nulo un testamento ológrafo otorgado por un extranjero en la lengua castellana? Y como dice el Sr. Navarro Amandi en su obra antes referida, en muchos casos no se sabría cuál era el idioma propio del testador: si el del país en que nació, el de la tierra en que se había criado ó el de su nacionalidad.

*
* *

todo el tratado de testamentos, es que éstos no tengan eficacia ni sirvan para ceder ó transmitir derechos de ninguna clase, ni simplemente para hacer declaraciones morales de última hora, si no están consignadas las cláusulas respectivas en escrituras públicas, en documentos auténticos, que hagan desde luego fe en juicio y gocen de los beneficios de las presunciones que establece la ley, lógica es la necesidad de convertir ese documento privado, constituido por las primeras solemnidades del testamento ológrafo, en instrumento público, ya que no con intervención de la fe extrajudicial, con el concurso de la judicial, de mayor ó por lo menos de igual eficacia que aquélla.

De modo que conceptuamos pueril empeño el de algunos publicistas italianos y franceses, que discuten cuáles de los expresados requisitos son de mayor virtualidad en la forma ológrafa: si el de la protocolización ó los en que toma parte exclusiva el testador; puesto que tantos unos como otro indispensablemente se precisan para conseguir la eficacia del testamento, no siendo posible concebir los primeros sin los segundos. Tal vez el requisito de la protocolización afecte más á solemnidades de procedimiento, á comprobación de elementos ya de antemano preestablecidos, y las otras solemnidades primarias constituyan la esencia y verdaderos motivos del acto; pero téngase en cuenta que, aun en las diligencias de que trata el art. 689 y siguientes, se discute y aquilata el valor de lo escrito por el testador, estando perfectamente facultado el Juez para denegar la protocolización, destruyendo de esta suerte, salvo, claro está, el juicio ordinario que posteriormente pueda entablarse en favor de la disposición testamentaria ológrafa. Cita á este efecto el jurisconsulto Rogron dos fallos, uno de la Corte de París, de 30 de Mayo de 1868, y otro de la de Amiens, de 10 de Abril de 1877, según los cuales, el legatario universal, antes de cumplirse las formalidades de ser presentado el testamento ológrafo al Presidente del Tribunal de primera instancia del lugar en el cual la sucesión se ha abierto (formalidad equivalente á la de nuestro art. 689 y siguientes), aun nombrado, no tiene derecho ni personalidad para contestar en juicio á los acreedores hereditarios.

Tampoco deja de tener sus precedentes el requisito de la protocolización, sino en la forma como está hoy regulado, en la idea que persigue y en los efectos que se le atribuyen. Algunos auto-

medio de tres testigos que con el testador, y declaren que no se hallare el testamento escrito propia del mismo.

Á falta de testigos idóneos
nados, y siempre que el Juez
podrá emplearse con dicho obj
letras.

Concordancias. — Mantiene sen y 593 del proyecto de 1851. Análogo en el segundo al art. 688 del proyec

PRECEDENTES LEGALES.—(V
teriores.)

ART. 692. Para la práctica presadas en el artículo anterior, en la mayor brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, los descendientes y los ascendientes, el testador, y en defecto de uno

Si estas personas no residieren en el país, ó se ignorare su existencia, ó no estuviesen debidamente capacitados carecieren de representación, el interesado hará la citación al Ministerio

Los citados podrán presenciar diligencias y hacer en el acto, observaciones oportunas sobre la autenticidad de los datos.

Concordancias.—Análogo en sí
igual en el segundo al art. 689 del p

PRECEDENTES LEGALES.—(V
teriores.)

en esta parte obligado á ser definidor y ajenos indudablemente al presente Código en la próxima revisión de éste queden en la nueva ley de Enjuiciamiento civil, que

La declaración que hace el art. 690 excepto anterior. La primera empieza á ser desde la muerte del testador, la persona en su poder. La que formula el art. 689 establece un límite para que se verifique de la disposición ológrafa y para no frustrar un escrito de tal naturaleza, rodeado de los requisitos por el art. 688, pueda llegar á tener efecto. Así, bien puede suceder que quien sus manos ignore el fallecimiento del que ó cuatro años de ocurrir la muerte.

La primera parte del art. 690 encierra una facultad, un derecho, del que se hace uso. Veamos cómo conciliarlas, que se refieren á supuestos diversos, á saber: A la persona poseedora del testamento y al Juez la presentación bajo apercibimiento si no cumpliera ese deber. En cambio, al abacado ó cualquiera que tenga interés en que no posea éste, se les da á escoger presentación, recogiendo el documento, como lo conserve, puesto que si posee aquél, ya tiene libertad de ese derecho.

Encontramos justa esa distinción porque no puede compelerse á que ejerciten de oficio, sin que el Código, de oficio, pueda atender de sus intereses; de modo que por la actividad del que tenga el testamento, adelantando por su cuenta el plazo que señala el art. 690. A un extraño no podría el legislador autorizarle para que presentara el escrito que se le hubiese entregado ó que por casualidad llegó á sus manos, cuando mejor le pluguiera, porque su indolencia ó la dilación en participar á la autoridad competente tal extremo podrían originar, sin culpa alguna de los interesados en la herencia, incalculables per-

juicios á los que, por esa inacción y silencio, estarían ignorantes de tener á su favor una sucesión testada, y, por tanto, en la imposibilidad de poner en práctica los medios necesarios para que aquélla llegase á producir todos sus eficaces efectos. Sería, pues, tan anómalo que el Código dijera: el heredero, albacea, legatario ó cualquiera otro interesado en el testamento ológrafo *deberán* presentarlo necesariamente en el plazo de diez, veinte ó más días; como el que ordenara que el extraño que conserve en su poder una disposición de tal clase, *podrá* hacer de ella presentación en el plazo máximo de cinco años, á que se refiere el art. 689.

Muy bien puede suceder que una de las personas citadas en el apartado segundo del art. 690 tenga depositado en su poder el testamento, sin que haga la presentación en el tiempo prevenido de los diez días, causando perjuicios evidentes á los demás interesados en la herencia. En tal caso, ¿habrá de estarse á lo prevenido en dicho apartado segundo? De ninguna manera; sería opuesto á razón, á justicia y al propósito del legislador, que se vislumbra en todo el citado art. 690. De lo contrario, se producirían daños y perjuicios, que no se entienden renunciados, por cuanto la aquiescencia de los partícipes hereditarios en no presentar el testamento, no indica que usan en ese sentido de la facultad potestativa que les otorga el art. 690, ya que no tienen á su alcance los dos medios de elección que supone el uso del derecho regulado por la última parte del expresado precepto. Si, pues, el legatario, por ejemplo, posee el testamento ológrafo, por virtud del cual ha adquirido esa cualidad, y no lo presenta en el término de diez días, después de que tenga noticia del fallecimiento del testador, quedará sujeto á la prescripción general y primera del citado artículo, é incurrirá, por tanto, en la indemnización de daños y perjuicios que se causen por la dilación á los herederos, albaceas, demás legatarios y otros interesados en la herencia; porque, aunque no se dedujera esta doctrina de la disposición que analizamos, siempre sería de oportuna aplicación el principio de Derecho, encarnado también en uno de los preceptos del Código civil, según el cual quedan sujetos á la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurriesen en dolo, negligencia ó torpeza.

Y opinamos que á mayor grado alcanzan las facultades de

aquellos á quienes interesa que el testamento sea cuanto antes protocolizado, cuando por sus propios medios no puedan gestionar la práctica de las correspondientes diligencias; y es á requerir judicialmente á la persona que sepan tenga en su poder la disposición testamentaria, para obligarla á que no haga inútiles los preceptos legales de previsión dictados por el Código, el cual trata de evitar que intereses respetables y quizá el porvenir de varias familias queden á merced del capricho ó indolencia de un sujeto á quien pueda quizá no importarle nada el cumplimiento de la última voluntad del testador.

Antes de dar ese paso, aconsejamos que se haga el requerimiento por medio de funcionario notarial, para no verse en el caso de que algún Juez, ante la ausencia de preceptos en el Código civil que indiquen tal trámite, lo denegara; lo cual, si de todos modos llegara á ocurrir, juzgamos que implicaría criterio erróneo en la manera de entender la administración de justicia y la prudente aplicación de las disposiciones del Derecho. El art. 1.957 de la ley procesal civil resuelve la cuestión con respecto al testamento cerrado, por cuanto dice que podrá también pedir su presentación el que tuviere conocimiento de haber sido otorgado el testamento y obrar en poder de tercero.

No se expresa en el art. 690 la manera cómo ha de saber la noticia de la muerte del testador quien posea el testamento ológrafo. Por tanto, cualquiera que sea el modo, oficial ó extraoficial, por el que llegue á su conocimiento tal nueva, origina la obligación de que venimos tratando, pudiendo en su día acreditar los perjudicados por la dilación en presentar el testamento, que esa noticia la conocía su depositario hasta por haberla oído entre sus vecinos ó por estar enterado de extremos ó consecuencias forzosas de esa misma muerte, según sucesos del dominio público ó que él necesariamente tuvo que conocer.

En otra parte del Código, según ya tenemos advertido en diversas ocasiones, existen las definiciones legales de daños y perjuicios, y, por lo tanto, es innecesario volver á examinarlas en este lugar.

Las personas mencionadas en la última parte del art. 690 se citan por vía de ejemplo. Pueden voluntariamente hacer la presentación del escrito ológrafo todas las que tengan un interés directo en éste. Tratándose de la petición para elevar á escritura pública

el testamento ó codicilo hechos de palabra, dice el art. 1.944 de la ley de Enjuiciamiento civil se consideran parte legítima á tal efecto el que tuviere interés en el testamento, el que hubiere recibido encargo del testador y el que, con arreglo á las leyes, puede representar sin poder á cualquiera de los que se encuentren en los casos anteriores. No hay inconveniente alguno en aplicar estas disposiciones á la protocolización del testamento ológrafo, porque es natural que todas las personas comprendidas en las tres referidas categorías tengan interés en la herencia de que se trata. El párrafo segundo del art. 1.957 de la expresada ley rituaria anuncia la posibilidad de que hasta un extraño pueda pedir, tratándose del testamento cerrado, su apertura y protocolización, disponiéndose que, siendo el reclamante persona extraña á la familia del finado, jurará que no procede con malicia, sino por creer que en él pueda tener interés por cualquier concepto. También ésta puede ser doctrina común para el testamento ológrafo, puesto que las reglas adjetivas, en unas y otras formas de testar, tienden al mismo fin, debiendo la autoridad judicial proceder con laxitud y tolerancia, inspirándose en la amplitud con que se expresa el legislador, significativa de su verdadero propósito sobre la materia. Y no podrá ser de otra suerte, porque el Juez ante quien se haga una petición de la expresada naturaleza siempre habrá de dar crédito á la manifestación del que dice tener algún interés en lo que dispuso el testador, ya que éste pudo haber dejado sus órdenes encerradas en un pliego cuyo contenido no le es factible conocer al Juez, á menos que posea dotes de adivinación.

De modo que, á no resultar acreditado que el presentante había incurrido entonces en dolo manifiesto, lo cual no ocurrirá con frecuencia ni será muy fácil probar, la obra de dicha persona será más bien meritoria y útil que digna de desconfianza y castigo, porque suplirá muchas veces descuidos y morosidades quizá de perjudicialísimos efectos.

El jurisconsulto Vittori Vitali opina que la frase del art. 912 del Código civil italiano, *«cualquiera que crea tener interés en el testamento»*, alude, no sólo á las personas citadas en la disposición testamentaria, sino á cualesquiera otros individuos que se crean interesados en aquélla, independientemente de razones sucesorias, más ó menos fundadas en su opinión. Tal podrá ser, deci-

mos nosotros, por ejemplo, el que sospechase que fué nombrado tutor testamentario, el pariente del hijo natural reconocido por el testador en el testamento, á quien le conviniera tener noticia oficial de tal declaración para efectos ulteriores, el acreedor de alguno de los supuestos herederos ó legatarios, etc., etc.

II. *De las formalidades subsiguientes á la presentación del testamento ológrafo.*

a) *Diligencias preliminares.* — *Rubricación de las hojas del testamento.*—Presentado el testamento, entra ya en acción el artículo 691.

Es de suponer que quien haga dicha presentación esté ya asesorado por Letrado ó persona entendida en procedimientos curialescos y acompañe al escrito ológrafo una instancia dirigida al Juzgado pidiéndole la práctica de las diligencias de que estamos ocupándonos, presentando también la certificación de fallecimiento del testador expedida por el Secretario del respectivo Juzgado municipal y visada por el Juez. De esa forma se acredita dicho fallecimiento, y á ella se refiere, sin duda alguna, el artículo 691, por cuanto, según la ley vigente del Registro civil de 17 de Junio de 1870 (respetada por el Código), el estado civil de las personas no puede probarse más que por medio de certificación extendida con arreglo á las prescripciones de la misma ley.

Si ese documento no se acompañara por el presentante del testamento, el Juez no debería ejecutar lo que le ordena dicho artículo 691, porque siendo verdad sabida, la de que las últimas voluntades no empiezan á surtir efectos legales definitivos sino después de la muerte de quienes las dictan, la autoridad judicial incurriría en una gravísima invasión de atribuciones si prescindiera de requisito tan transcendental.

Como operación preliminar para evitar, no sólo la posible alteración del testamento ó de sus caracteres exteriores, después que quede depositado en el Juzgado, sino también á fin de cerciorarse éste del estado en que lo recibe, si se presenta abierto el escrito ológrafo, el Juez rubricará desde luego todas sus hojas, y si está cerrado lo abrirá, ejecutando seguidamente dicha operación. No se exigen las precauciones indicadas por el art. 1.958 de la ley procesal civil, respecto al testamento cerrado, ó sea que el actuario haya de examinar el pliego en que esté contenido, poniendo diligencia de su estado, y describiendo minuciosamente

tarles para la instrucción del expediente de jurisdicción voluntaria á que venimos aludiendo. Estos particulares sólo puede determinarlos la parte interesada, siendo el lugar más adecuado para ello el *Otro sí* de la instancia que con aquel objeto dirija al Juzgado; en cuyo *Otro sí* expresará además el nombre, vecindad y domicilio de los tres testigos, que han de presentarse voluntariamente, ó deban ser citados judicialmente, con el objeto de que presten su declaración únicamente sobre si la letra y firma que se les pone de manifiesto son las que efectivamente acostumbraban á ver usar al testador en los asuntos ordinarios de su vida.

Si los testigos se obligan *motu proprio* á comparecer ante el Juzgado, es excusado designar ni vecindad y domicilio, que únicamente se requieren para cuando hayan de concurrir por virtud de mandato judicial y en obediencia á éste, bajo la sanción que, en otro caso, prescriben las leyes correspondientes.

c) *De la demostración de la identidad del testamento.* — *Prueba testifical.* — Los testigos ghan de reunir las condiciones exigidas por los artículos 681 y 682 á los que hayan de testificar en los testamentos? Creemos que no; en todo caso, é interviniendo en trámites judiciales, habrá de acudirse á lo que la ley de Enjuiciamiento civil tiene dispuesto para todos los que, en ese concepto, acudan á los actos contenciosos ó los de jurisdicción voluntaria ante los Juzgados y Tribunales.

En efecto: los testigos á que alude nuestro art. 691 han de ser, ante todo, interrogados por los particulares referidos en el artículo 648 de la citada ley de procedimientos, ó sea, por su nombre, edad, parentesco, dependencia, interés directo é indirecto en el negocio de que se trata, amistad ó enemistad con los litigantes. Pues bien: el art. 680 de dicha ley, que señala las tachas de los testigos, dice que incurrirán en aquéllas los que sean parientes por consanguinidad ó afinidad, dentro del cuarto grado civil, del litigante que lo haya presentado; los que al prestar la declaración figuren como socios, dependientes ó criados del que los presentare, los que tengan interés directo ó indirecto en el pleito ó en otro semejante, los que hayan sido condenados por el delito de falso testimonio y los que sean amigos íntimos ó enemigos manifiestos de uno de los litigantes. En correlación virtual con estas disposiciones, nuestro Código civil, en sus artículos 1.245, 1.246 y 1.247, entiende que podrán ser testigos todas las perso-

la autenticidad de la letra y firma del testador, el Juez, viendo en su conciencia todos esos motivos, en combinación con otros extremos que resulten justificados del expediente, podrá negar su aprobación á éste, puesto que con tal objeto prescribe el art. 693 que no acordará la protocolización si prima justificada la identidad del testamento. Con lo cual sólo queremos dar á entender que no porque concurren algunas de las citadas causas ha de ser procedente la desaprobación y diligencias; algunas pueden afectar en tan poco grado á la validez del dicho testifical, que para nada la desvirtúen. Para está, repetimos, la apreciación racional y legal que habrán de hacer los Tribunales.

Sr. Navarro Amandi, en su *Cuestionario del Código civil* publicado, sostiene que si el testamento estuviere contenido en un pliego cerrado y en la cubierta ó en el escrito se encuentra indicación ó disposición del testador ordenando que no se abra alguna cláusula hasta día ó época determinados, procederse según para los testamentos cerrados y memorias testamentarias ordena la ley de Enjuiciamiento civil, es á saber: ordena la apertura, y cuando ésta tenga lugar con las formalidades establecidas, el Juez leerá para sí ó en secreto el testamento, entregándolo después al actuario, á fin de que éste lo lea en voz alta, á no ser que existan esas indicaciones, en cuyo caso la lectura se limitará á las demás cláusulas de la disposición testamentaria. Si bien el Código nada dispone en concreto respecto á esto, debe de creerse que, por analogía, ha de practicarse como cuando se trate de testamento ológrafo, porque donde existe la misma razón de derecho debe de existir el mismo precepto.

Adscribimos también á esta opinión, aunque no desconocemos los inconvenientes que algunas veces traerá consigo, si no se atiende al mencionado, con el objeto de dilatar los efectos del cumplimiento de lo ordenado por el testador, escribe en el pliego cerrado contenga el escrito ológrafo, la indicación de que no sea leído ni leído en cierto número de años. Sin embargo, esos riesgos pueden darse en la memoria testamentaria, incluso la más parecida al testamento ológrafo, y el legislador ha previsto por encima de tales inconvenientes, estatuyendo en el párrafo 2.º, art. 1.972 de la ley procesal civil que si la memoria con-

a alguna cláusula hasta á la lectura, sino tamiendo cerrada y archinado por el testador, ue se encontrasen con o en cuya cubierta se rita y firmada, al parerieran de practicar los lere el art. 691, rubri.o el estado en que se itación de los testigos, to para deponer acerca tador, indagarles, ante as manifestaciones es- e se hará cuando pro- el párrafo segundo de e ese primer tanteo de causa, podrá el Juez n cada caso, ya sus- fecha marcada por el gún valor ni efecto las aracteres de autentici- o testamento ológrafo ó urrir para declarar ad- e en uno de los supues- lque haber sido falsifi- monios para proceder

re el final del primer epto, explicación bien ge á los testigos la afir- tra y firma que se les a del testador, asigu- a y la santidad del ju- uisiera significar, con- que se hallaran perso-

as que pudieran cumplir el referido precepto. La calificación de «racional» se opone á la de «absoluta» para indicar que en térmi- nos de razón, de realidad lógica, del falible carácter que inelu-

diblemente acompaña á las resoluciones del criterio humano, el testigo no abriga duda de que el escrito que se somete á su examen profano coincide en sus rasgos y conjunto con los que en vida extendía el testador; así le parece, así lo juzga verosímil, así se lo proclama su conciencia como fruto de una certidumbre adquirida. Y, á no ser palpable y manifiesto el falso testimonio que cometiese con tal motivo quien es llamado á dar fe de extremos tan importantes, el dicho testifical en circunstancias tales bien pudiera ser inocente, aunque inexacto y contrario á la realidad, cabiendo ser destruído por las afirmaciones técnicas del dictamen pericial, más ilustrado y razonado que el primero. Esa frase «*duda racional*» nos recuerda la de «*necesidad racional*» del medio empleado para repeler la agresión, en el ejercicio del derecho de defensa, que el Código penal considera como uno de los requisitos *sine qua non* para que aquél constituya motivo eximente de la responsabilidad criminal.

Los comentaristas de dicho Código, y en especial el insigne Pacheco, explican ese último concepto en términos análogos, aunque, como es natural, mucho más elocuentes á los que nosotros empleamos refiriéndonos al art. 691 del Código civil.

La manera como está concebida la redacción del último apartado de dicho precepto induce la conclusión de que siempre, ó por lo menos en la mayor parte de los casos, el Juez debe acudir al criterio pericial para que le ilustre acerca de la autenticidad del testamento ológrafo, aunque ya estén insertas en los autos del expediente las declaraciones testificales. La prudencia con que el Juez debe proceder en resoluciones de transcendencia así lo exige, y la índole delicada y peligrosa del testamento ológrafo lo hace necesario para mayor garantía de todos los intereses comprometidos en aquél.

En efecto, el cotejo pericial de letras puede ser una confirmación facultativa del dicho profano de los testigos y un modo de desvanecer las últimas dudas que pudieran ocurrir al Juez acerca de la autenticidad que trata de averiguar y declarar. Para eso se ha escrito la frase del citado último apartado, «*siempre que el Juez lo estime conveniente*», haya habido ó no testigos y dudaran ó no éstos respecto de los extremos por que son preguntados.

El arbitrio judicial en este caso debe de formarse con indepen-

En, para responder debidamente.

En ciertas observaciones condiciones que deben satisfacer sobre la autenticidad de los que testifican, a *sensu communi* que no lo sean. Y como calidades de los que testifican, tratándose de ellos, á los requisitos que de Juicio civil. En, en lo posible, á las á 609 de la última de las que, si puede ser, deberán ignorar; por ejemplo, una, y no siendo factible, es, personas entendidas ó se procurará que no sean, dentro del cuarto grado, ni que les hayan presdependientes ó socios de directo ó indirecto en la vida íntima.

se practicaría, en el caso de la del Juez, el presente de proponerla en la solicitud si dicha autoridad se

satisfará con las declaraciones que hayan prestado los testigos. Puede, si, hacerlo subsidiariamente, ó en previsión de que haya de acudir en su día al cotejo, y hasta aconsejamos que así se proceda, para evitar al Juez toda gestión ó iniciativa ociosas, que no sean las que ya determinadamente le indica el art. 691, con el objeto también de que no se le crea interesado en la designación de perito ó peritos; pues es lógico suponer que habría de aceptar los que le propusieran, siempre que no le inspirasen fundada desconfianza.

Los peritos habrán de ser uno ó tres. El Juez, según las circunstancias del caso, las dificultades y gravedad de los motivos que aconsejen ese medio de prueba y la entidad de la herencia,

rá uno ú otro número para evitar y resolver el caso de iera existir divergencia en los pareceres periciales siendo rios.

a operación del cotejo se requiere una firma del testador ga los caracteres de indubitada, á los efectos del art. 608 y de Enjuiciamiento civil. De los diferentes medios que culo cita, sólo pueden admitirse, tratándose del cotejo de y firma del testamento ológrafo, las firmas que consten turas públicas y solemnes y en documentos privados, que hayan sido reconocidas en juicio por aquel á quien uyan las dudosas, ó sea el testador. Este particular, osible, deberá determinarse también por el presentante umento en la instancia inicial, porque es más lógico su- ne él ha de saber mejor que el Juez los escritos ó firmas idas que tenga el difunto.

ez se constituirá en el punto donde se hallen tales escritos i, sobre todo si se conservan en protocolo, que no puede del archivo notarial correspondiente; el Juez, en todo rá por sí mismo la comprobación, después de oír á los revisores, y, como dice el art. 609 de la citada ley pro- preciará el resultado de tal prueba conforme á las reglas na crítica, sin tener que sujetarse al dictamen de aquéllos.

* *

a citación del cónyuge sobreviviente, descendientes y ascen- gitimos del testador.—En la instancia que dirija al Juz- respondiente el que presente el testamento, determinará o si el testador dejó cónyuge sobreviviente, descendientes lientes legítimos ó hermanos, sus nombres y domicilios resentación legal que, en su caso, tengan algunos, para vez pueda ordenar seguidamente la citación de aquéllos, ar, en otro supuesto, las medidas á que se refiere nuestro 602.

esignación de los hermanos no la creemos siempre preci- cuando falten las demás clases de parientes, porque onces han de ser citados aquéllos. Además de las perso- cionadas, ha de ser citado el presentante del testamento,

y al tiempo de serle notifi-
consecuencia de la presen-
dena recibir la información

ción conjunta del cónyuge,
el testador. El cónyuge será,
la herencia; porque, según
inda que al morir su con-
stuviere por culpa del cón-
nota en usufructo igual á la
uno de sus hijos ó descan-
art. 836 señala dicha cuota
herencia, cuando sólo que-
t. 837 en la mitad de la ex-
van descendientes ni ascen-
siempre resulta interesado
y descendientes conjunta-
los primeros, en calidad de
Podrá, sí, corresponderles
en el testador; y en esa con-
tación de los mismos para
ese principio podrían in-
nias de protocolización todos
en el caudal hereditario ó
motivo, en el testamento, lo
de lo que opina cierto trata-

nar la citación de los ascen-
de el expresado precepto em-
ar toda clase de dudas sobre
tos casos algunos de dichos
ticipes de la fortuna testa-
naturales legalmente reco-
ndientes legítimos, á su cuo-
disposición.

ercera parte de la herencia,
no dejare descendientes legí-
, que no tengan la condición
rt. 845 derecho á los alimen-

tos. Todas esas ventajas son recíprocas entre ascendientes y descendientes ilegítimos.

De modo que la citación debe hacerse exclusivamente á los parientes que menciona el art. 692 y al presentante del testamento, cuando figure como parte legítima para provocar el expediente, porque con él será con quien hayan de entenderse las diligencias, y á él habrán de entregarse, en su día, las actuaciones para su debida protocolización.

El segundo párrafo del artículo citado hace intervenir al Ministerio fiscal, cuando las personas á que antes nos hemos referido residan fuera del partido judicial en cuyo Juzgado se inició el expediente, cuando se desconozca el paradero de las mismas, ó cuando sean menores ó incapacitadas sin representación legítima.

Mas estos particulares, ¿basta que los afirme el solicitante de la protocolización y habrá el Juzgado de pasar por tal dicho? Creemos que si no resultan justificados por documentos auténticos ó públicos, que al efecto se aduzcan, la afirmación del presentante del testamento no es suficiente para acordar desde luego la intervención del Ministerio fiscal. El Juez deberá ordenar la citación, y el Escribano ó Alguacil correspondientes extenderán las oportunas diligencias negativas, si proceden, al tenor de las disposiciones generales de la ley de Enjuiciamiento civil sobre dichas materias, y en su virtud, dispondrá el Juez lo que crea justo, principalmente cuando se trate de personas ausentes en partido judicial distinto ó en ignorado paradero.

Es muy expuesto el prescindir de la intervención de los parientes á que venimos refiriéndonos y acordar la supletoria ó subsidiaria del Ministerio fiscal por la sola manifestación del que haya iniciado el expediente, al que puede suponerse interesado, algunas veces, en que no sean oídas en aquél, personas que quizá pudieran oponer fundados reparos á la autenticidad del testamento ológrafo; y constituiría motivo de seria nulidad de las actuaciones en lo futuro, si los parientes que cita el apartado primero del art. 692 formularan reclamación en forma por no haber sido debidamente citados y oídos.

Para abreviar trámites y economizar gastos, aconsejaríamos á todo presentante de testamentos de tal clase, que acompañase desde el principio á su instancia documentos fehacientes que

merezcan, por sí solos, crédito en juicio, en los que se haga constar la residencia fuera del partido judicial de los parientes enumerados en la primera parte del art. 692, así como la edad ó incapacidad de los mismos, si fueran menores ó tuvieran limitada su capacidad jurídica; determinando en tal caso los nombres de los padres, tutores ó representantes legales de los mismos, para que el Juzgado pueda ordenar las citaciones en el domicilio de esas personas. La circunstancia de ignorarse el paradero de alguno ó algunos de dichos parientes, se hará constar por el Alguacil y dos testigos al tratar de practicar la citación en el último domicilio, que designará el presentante del testamento, de los que se encuentren en ese caso; la diligencia resultará hecha en forma más solemne, afirmando tal circunstancia dicho presentante, el Alguacil y los dos testigos vecinos del que, ó los que, cambiaron su residencia á punto ignorado.

El Ministerio fiscal, según el número sexto del art. 838 de la ley orgánica del Poder judicial, tiene, entre otros, muy trascendentes deberes, el de representar y defender á los menores, incapacitados, ausentes ó impedidos para administrar sus bienes hasta que se les provea de tutor para la defensa de sus propiedades. Por esto el párrafo segundo de nuestro art. 692, á falta de los parientes que anteriormente se designan, da su representación al Ministerio fiscal.

No es necesario que concorra la circunstancia de dicho párrafo respecto de todos esos parientes. Pueden ser citados algunos; asistir á la práctica de las diligencias unos, y otros residir fuera del partido judicial, en paradero desconocido, ó ser menores ó incapacitados. En cuanto á los primeros, procederá su citación, y por los que se encuentren en los últimos casos se citará, para que los represente, á dicho Ministerio.

También el art. 1,815 de la ley procesal civil dispone que se oirá al Promotor fiscal en los expedientes de jurisdicción voluntaria, cuando se refieran á persona ó cosa cuya protección ó defensa competan á la Autoridad.

Dicho Ministerio lo constituye en los Juzgados de primera instancia el Representante que nombre el Fiscal de la Audiencia territorial respectiva, á los efectos del art. 58 de la ley adicional á la orgánica de 15 de Septiembre de 1882. A él, pues, procede dirigir la citación si su superior gerárquico no ha usado de la fa-

cultad de delegación ó quiere por sí mismo intervenir en el expediente.

Y, ¿cuál es el objeto de la intervención de esos parientes y del Ministerio fiscal en el expediente de protocolización del testamento ológrafo? Ya lo expresa el apartado último del art. 692; el hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad de dicho testamento. Y, ¿qué extensión tiene esta facultad? ¿Qué alcance puede darse á esa frase, *observaciones oportunas*? ¿Podrá el Ministerio fiscal y los parientes recusar á los testigos llamados á comprobar la identidad de la letra y firma del testador, y á los peritos que, en su caso, hayan de practicar el cotejo de letras? Sin que tratemos de desconocer ni de adulterar el carácter especial de los expedientes de jurisdicción voluntaria, á cuya categoría pertenece el de que estamos tratando (los cuales define perfectamente el art. 1.811 de la ley de Enjuiciamiento civil al declarar que son todos aquellos en que sea necesaria ó se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas), opinamos en sentido afirmativo respecto á la duda propuesta.

«Observación oportuna» sobre la autenticidad del testamento, puede incuestionablemente ser la que haga cualquiera de los referidos interesados alegando que dicho extremo no podrá de manera acertada comprobarse por medio de testigos ó peritos, parientes próximos de alguno de los herederos ó legatarios de cuota de importancia ó que con los mismos mantengan relaciones de íntima y estrecha amistad, por ejemplo.

El Juez, si ha de dictar el auto de aprobación ó desaprobación del expediente con arreglo á su conciencia y al resultado verdad de las actuaciones, cual se lo encarga el art. 693 al ordenarle que acordará la protocolización *«si estima justificada la identidad del testamento»*, no tendrá otro remedio que aquilatar, dentro de los límites, claro es, señalados á la tramitación general de expedientes de jurisdicción voluntaria, el valor de los elementos probatorios que se le propongan ó que él, de oficio, aporte á los autos.

Si lo contrario fuera doctrina legal, por desconocimiento inexcusable del Juzgado, y bajo la sola afirmación del presentante del testamento, que puede estar, como ya hemos dicho, interesado en la herencia y tener derechos contrapuestos respecto á los demás se practicarían, por mera rutina y como simple fórmula la

y valor innegables, á que se refieren nuestro Código.

que ponga término al expediente de visado en el juicio declarativo que co-
a más solemne y garantizadora para
Pero, aun siendo esto cierto, y refi-
ndudablemente, á otras exigencias del
ateria baladí el acreditar la autenti-
grafo, cuando esta justificación debe
cia, mucho mayor que tratándose de
tura pública el testamento ó codicilo
ertura de las memorias testamenta-
nueva forma de testar, de peligrosa y
su complemento más preciso y útil en

le el Juez, bajo su responsabilidad,
o que con esas *observaciones oportu-*
o modo que cuando las mismas ver-
ne se aprueben ó no las diligencias
gado tiene, por el art. 693, en estos
clusiva, aunque regulada por razones
riterio, inspiradas en la consideración
mente acreditada la autenticidad del
osotros establecemos el *possumus*, la
en el Ministerio fiscal de poder inter-
orma indicada, y la posibilidad legal
de admitir, sin infracción de precepto
ivo, tales extremos para lograr el fin
mayor empeño, debe perseguir.

aciones oportunas» pueden, del propio
ación de documentos ó justificaciones
e parientes ó por el Ministerio fiscal.
sal civil, comprensivo de una de las

disposiciones generales sobre jurisdicción voluntaria, prevee el
so de que alguien que tenga interés legítimo en el expediente
licite que se le oiga en el mismo, en cuyo caso se le otorgará
diencia, poniéndoselo aquél de manifiesto en la Escribanía por
breve término, que fijará el Juez según las circunstancias; pu-
ndo, á tenor del artículo siguiente, 1.814, oírse también, cuando

proceda, al que haya promovido el expediente. De suerte que se han de ser de peor condición los que intervengan en las diligencias para protocolizar el testamento ológrafo.

Si interviene el Representante fiscal, podrá emitir su dictámen, no por escrito, como lo haría tratándose de otros expedientes de jurisdicción voluntaria, á los efectos del art. 1.815 párrafo 2.º de la citada ley, sino de palabra, como terminantemente lo prescribe nuestro art. 692. De la propia forma han de evacuar su audiencia los parientes citados; para todo lo cual, además de la intervención que á unos y otros se les conceda durante el período probatorio, puede el Juez, terminado éste, señalar un día para la vista, en cuyo acto se oirá á dichos individuos, que informarán libremente, haciéndose constar por el Escribano en un acta sus conclusiones ó peticiones fundamentales.

Incorre en evidente error el tratadista Sr. Abella al expresar la observación de que el Código civil convierte en precisa la asistencia de los parientes, que la ley de Enjuiciamiento, en su artículo 1.965, se limitaba á declarar voluntaria. No es eso lo que indica la simple lectura del primero de dichos preceptos. Respecto al particular, no se ha introducido variación alguna. La que se hace precisa, tanto por la ley procesal como por el Código civil, es la *citación* de los parientes ó del Ministerio fiscal, en su caso; mas la presencia de los mismos, sobre todo de los primeros, es perfectamente voluntaria. Tanto es así que, si bien el Juez, bajo pena de nulidad, no podría proseguir en las diligencias de protocolización, faltando las correspondientes citaciones, sin inconveniente legal alguno, podría continuar actuando, aunque no comparecieran los interesados citados. Ténganse en cuenta las minuciosidades de redacción, y obsérvese que, al tratar de la citación, se dice: «*serán citados*», y en el último párrafo del art. 692, «los citados *podrán* presenciar la práctica de dichas diligencias»; de la propia manera que hace el referido art. 1.965.



Del acuerdo judicial sobre la protocolización del testamento ológrafo.—La protocolización la acordará el Juez como consecuencia y término final de todo lo actuado, siempre que para ello existan méritos, usando la forma de un auto, no sólo porque á ello no se

civil, que trata de
lones de los Tri-
e acostumbran á
aria. Para los de
ción de memorias
a repetida ley ya
cedente se dictará

rte dispositiva de
protocolizarse el
absigan, para que
de depositarlo, y
pías ó testimonios

liente», nos encon-
que incurrn las
primera, redrién-
ilio hecho de pa-
a los efectos pre-
tro se otorgan sin
cedente alguno en
mentos cerrados y
la protocolización
eza del partido; y

Y el Reglamento
os párrafos de su
evará á efecto por
nde se halle esta-
ión entre los que
s interesados; no
Tribunal, quienes
rno, para lo cual
ó subdelegado del
iere en la capital
ombramiento por
constar precisa-
el Escribano se-
e de dicho turno.

Esta evidente oposición entre uno y otro precepto ha sido objeto

de vacilaciones al tratar de decidirse, ó por la ley procesal, que es la que propiamente marca el procedimiento, y por tanto, la más autorizada para señalar éste, ó por la legislación notarial, que también parece que debe ser la más tenida en cuenta en todo lo que se refiera á protocolización de documentos que van á ser notariales, y cuya eficacia y autenticidad han sido contrastadas en un procedimiento judicial, precisamente con ese solo y exclusivo objeto. Tratándose del testamento ológrafo no creemos que deba apreciarse esa pugna de disposiciones legales, por cuanto el artículo 693 del Código civil no contradice la disposición transcrita del Reglamento del Notariado; debiendo, por tanto, ser el Notario correspondiente en cuyo poder se deposite dicho testamento, aquel que resulte de la aplicación del párrafo tercero, art. 76 del expresado Reglamento.

* *

¿Cabe el recurso de alzada contra el auto denegatorio de la protocolización del testamento ológrafo?—Del contexto de la última parte de nuestro art. 693, ¿se desprende que son apelables, dentro del mismo procedimiento de jurisdicción voluntaria, las resoluciones que concedan ó denieguen la protocolización del testamento ológrafo? Obscuro se encuentra este extremo, cuando debió aclararse, en un sentido ú otro, teniendo á la vista los preceptos generales que constituyen el tít. I, libro III de la ley de Enjuiciamiento civil. Sin embargo, en dicho último apartado se prevé el caso de que pueda mostrarse oposición á la resolución del Juez; y una de las formas por la que aquélla puede formularse, es la de la alzada contra el auto que otorgue ó desestime dicha protocolización. Además, no puede ser de peor condición el testamento ológrafo que las demás formas de testar, cuya apertura ó elevación á escritura pública se hacen indispensable por las leyes; y tratándose de aquéllas se otorga tal recurso.

Opinamos, por tanto, que en este último caso también son de aplicar los artículos 1.819 y 1.820 de la ley procesal, y por consecuencia, las apelaciones que entonces interponga el que haya promovido el expediente se admitirán siempre en ambos efectos, y las que interpusieren los que hayan venido á aquél, ó llamados por el Juez (como son los parientes que cita el apartado primero del art. 692 del Código) ó para oponerse á la solicitud que

consiguientes diligencias, se-

al se dispone que la sustan-
odará á los trámites estable-
o el art. 1.822 que contra las
cias se dará el recurso de ca-
on lógica, hemos de reconocer
ración de un testamento oló-

- grado puede llegar a entender en último recurso el Tribunal Su-
premo.

Si los interesados, en cualquiera de las instancias de la ape-
lación, no se conformaran con el acuerdo adoptado en expediente
de jurisdicción voluntaria, el art. 693, obrando según la natura-
leza especial de este procedimiento, los autoriza para deducir la
reclamación de sus derechos en el juicio que corresponda; el cual
no puede ser otro que el declarativo ú ordinario que habrá de de-
terminarse según las reglas de los artículos 483 y 484 de la ley
adjetiva civil.

Depositadas ya en la Notaría correspondiente las diligencias
judiciales, á cuya cabeza figurará el testamento ológrafo, entra ya
de lleno la competencia del Notario; en primer lugar, para in-
cluir las en su protocolo. Ya en los *Precedentes legales* hemos
dado la definición de éste con arreglo á la ley del Notariado, cuyo
artículo 31 también expresa que sólo el Notario, ó quien esté en-
cargado legalmente del protocolo, podrá dar copias de él; deter-
minando el art. 77 del Reglamento, que queda prohibido todo
registro ó protocolo que no sea llevado por Notario colegiado con
arreglo á la ley y á dicho Reglamento.

La frase del art. 693, «*copias ó testimonios que procedan,*» tam-
bién está empleada con intención, pues el Notario no podrá expe-
dir todas las que le soliciten.

Hay unas primeras copias, traslado de la escritura matriz,
que tiene derecho á obtener por primera vez cada uno de los
otorgantes (que en el caso presente serán los interesados en el
testamento ológrafo protocolizado). Pero, según el art. 18 de la
ley de 1862, no podrán expedirse segundas ó posteriores copias
de la escritura matriz, sino en virtud de mandato judicial y con

citación de los interesados ó del promotor ren aquéllos ó se hallen ausentes del pue-
ría, siendo innecesaria dicha citación en l
aun en los demás, cuando pidan la copia.
Las copias segundas ó posteriores de lo
procedan, están comprendidas en la excep-
tos unilaterales, según ya sabemos. Tam-
gún el art. 82 del Reglamento, á obtener
quier tiempo todas las personas á cuyo favor
consignado algún derecho, ya sea directamente, ó ya adquirido
por acto posterior; en este último caso se expresará en la nota de
expedición el carácter con que el interesado pide la copia.

Comparado el procedimiento establecido en el Código civil
para la protocolización del testamento ológrafo con el de las legis-
laciones extranjeras que admiten éste, y aun con el de los mis-
mos precedentes del Derecho español, observamos en el primero
una mayor proligidad de garantías y un más cuidadoso esmero
en contrastar todos los elementos de autenticidad que hacen efí-
caz dicha forma de testar, quizá por el carácter de novedad rela-
tiva conque aparece en nuestro país, y necesitada, además, de
medidas de precaución y de protección que compensen los peli-
gros á que naturalmente se halla expuesta. Así, el proyecto
de 1851 se limitaba á exigir que los testigos afirmasen la identi-
dad del testamento, para que el Juez autorizase la protocoliza-
ción, sin más que rubricar al principio y fin de cada una de las
páginas, mandando entregarlo con todas las diligencias al Escri-
bano actuario. El Código italiano (art. 916) ordena el depósito del
testamento en poder del Notario, á presencia del Juez municipal
de la circunscripción y de dos testigos, extendiéndose la corres-
pondiente acta, que firmarán aquéllos, y uniéndose á la misma el
papel que contenga el testamento, el extracto del acta de defun-
ción del testador y la providencia del Tribunal. El art. 1.007 del
Código francés prescribe que todo testamento ológrafo debe pre-
sentarse, antes de ponerse en ejecución, al Presidente del Tribu-
nal de primera instancia del distrito en que se verifique la trans-
misión hereditaria, abriéndose si está cerrado; el Presidente ex-
tenderá acta de la presentación, de la apertura y del estado del
testamento, y mandará que se deposite en manos del Escribano
por él comisionado.

le las
la del
lódigo
que el
oia de
do en-

al co-
con-
de los
inta,
sación

lichos
lable-
s dos
erto ó
forma
petir,
r, es-
, aun

para evitar inevitables confusiones, y según hacen muchos Códigos extranjeros. Una simple lectura de los artículos 694 á 705, evidentemente demuestra que se ha simplificado el antiguo organismo testamentario y aun el que se hallaba vigente con anterioridad á la publicación del Código; que han desaparecido los conceptos de testamento oral, nuncupativo, escrito, ante

la idea más fundamental de que las disposiciones del testador sean ó no conocidas y divulgadas. Poco importa que aquél las manifieste de palabra, por escrito, ante Escribano ó sin Escribano, para que el testamento ostente los caracteres de público ó abierto. Lo esencial es que no las haya mantenido secretas, y en un sobre cerrado, para que sólo se hiciesen públicas, cuando ocurriera el fallecimiento de dicho testador.

Y no empleamos los términos de "público" y "privado", como hacen algunas legislaciones extranjeras, según intervenga ó no un funcionario público que llegue más tarde ó más temprano á incluir las en su registro ó protocolo, porque tales acepciones no expresan, tan bien como las por nosotros expuestas, el significado real y gramatical de las referidas palabras. Parece algo violento, según el tecnicismo más generalmente admitido, llamar forma pública de testar á la del testamento cerrado, y eso que en ella ha de intervenir forzosamente, según nuestro Código, el Notario correspondiente.

El testamento públicamente manifestado es el que aparece primero en la Historia y el más comprensible en las civilizaciones antiguas. Una biografía de Horacio, atribuída á Suetonio, dice que el poeta expresó su última voluntad oralmente. La circunstancia de poder el testador mantener reservadas sus disposiciones sucesivas fué tenida en cuenta, seguramente, después.

En el pueblo romano, cuna de todo nuestro derecho, los testamentos se otorgaban en los comicios calados, que se reunían por virtud de una solemne convocatoria; forma que no podía ser más pública, por-

se intervenían en tales
 ador su última voluntad
 su sucesor, é invitando
 as manifestaciones. Mo-
 ganización política de
 s de esa época la facul-
 dadano romano, en e
 e en el jefe de familia
 pecuniam tutelave suae
 continuó siendo público
 isconsulto italiano Vit
Del testamento público
 testamento era una ley
 m de las Doce Tablas le
 de familia.

t se deriva de la voz an-
 ad deliberada pública-
 antes el testamento era
 nes del que la dictaba
 ó copartícipes legisla-
 familia. El testamento
 o testamento público, ne
 atadista francés Acca-
 e otorga, al decir que,
 teriores, el testamento
 erdadero acto privado,
 ntre el testador y el he-
 ncepto de que las dis-
 continuaban expresando
 ón de acto privado se
 bien á la manera de tes-
 anos romanos, pues que,

según la primitiva forma, ni era preciso reunir exclusivamente tal cualidad, ni el acto de hacer testamento significaba más que cualquiera otro del propietario en el disfrute y disposición de su fortuna. El testamento *per aes et libram*, no interrumpió, seguramente, la génesis del testamento público, aunque su introducción en el Derecho haya obedecido á otros motivos muy distintos.

Y vienen luego la *mancipatio* y la *nuncupatio*, formas públicas de testar las dos, por cuanto el testador, tanto para aplicar la fórmula de la primera como para respetar el sentido de la segunda, había de expresar su pensamiento ante el *libripens*, el comprador de la familia y cinco testigos.

El testamento nuncupativo (de *nuncupare*, hablar, expresarse oralmente, declarar de viva voz, *nominare*, como dice Ortolán en la *Explicación histórica de las Instituciones*), por su misma naturaleza es una forma pública de testar, porque en ella su autor necesita manifestar, por medio de su lengua, *traducir paladinamente*, como dicen las Partidas, su pensamiento á los que le escuchan, hasta el punto de que, aunque después se reduzca á escritura, para poder probar su otorgamiento, no pierde por eso su carácter de testamento nuncupativo.

Según el jurisconsulto italiano Grondona (*Il testamento per atto di Notaio*), en la forma nuncupativa romana, la oralidad vinculada en la sacramentalidad de una fórmula era el modo legal de la manifestación del pensamiento; si el disponente no puede hablar, queda, en su virtud, por la naturaleza, incapacitado para testar en dicha forma.

En nuestros mismos tiempos declara la sentencia del

diembre de 1861, que la o nuncupativo consisten en una pública manifestación por la que el testador denuncia oralmente, en cédula, apunte ó memoria, al acto lo entiendan como si fuera indiferente que la persona, con tal que, escribano, si asistiese, y de testigos, que aquel en su virtud.

11, *tít. V, libro segundo, de las testamentos que suponen en la manifestación de las testimonias ó fe de lo que el testador dice él en el cuerpo del escrito propio en la ley 1.ª, dando ya entrada á los de la confección del tes-*

*la ley 1.ª del tít. I, Para el testamento nuncupativo, ya en forma de *testamentum in scriptis*. pública de testar, puesto la ley 2.ª de los mismos y el *ome faze de manera paca en éln.**

se constituía la legislación el Código civil.

La *ley 1.ª, tít. XIX del Ordenamiento de Alcalá*, que equivale á la *1.ª, tít. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación*, confirmada (la primera) por la *ley 3.ª de Toro*, introdujo tres formas públicas de testar:

- a) Ante Escribano y tres testigos vecinos.
- b) Ante cinco testigos vecinos sin Escribano.
- c) Y ante tres testigos vecinos, cuando no fuera posible encontrar mayor número ni Escribano.

D. Felipe II, por una *Pragmática-Sanción* dada en Madrid en el año 1566, añadió una cuarta forma, ó sea ante siete testigos no vecinos, pero que reunieran las demás condiciones exigidas por el derecho. La tercera de dichas formas era subsidiaria respecto de las otras, según del contexto de la ley claramente se deduce; habiendo declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de Diciembre de 1855, que era nulo el testamento cuando se otorgaba solamente ante tres testigos vecinos, no rogados, sin hacer constar que se hicieron inútilmente diligencias en busca de otros, aunque el otorgamiento tuviera lugar en tiempo de peste y se hallase justificada la no asistencia de Notario.

Con estas ligeras nociones históricas ya podrá comprenderse que nuestro Código civil ha llevado á cabo una misión simplificadora y útil, al unificar las distintas formas de testar vigentes hasta su publicación y hecho desaparecer la confusión que con tal motivo reinaba en el Derecho, hasta el punto de hacer precisas multitud de declaraciones de la jurisprudencia, que determinarían la legalidad de cada una de dichas formas, como hubo de realizarlo en efecto nuestro Tribunal Supremo en diversas ocasiones. En adelante, pues, no habrá otra manera de otorgar testamento abierto que

699, y las excepciones de los artículos 697 y 698) y des de los testamentos de muerte y en DO y 701); de lo que a forma ordinaria de circunstancias extra- le testamentos orales; npetente, y las otras, a falta ha de suplirse icial muy análogo al testamento ológrafo. bierto que desarrolla uivale al del nuncu- descansar en la cir- resase su última vo- que se trasladaban mitiéndolas á la me- sonas que presencia-

inta no se deduce que noia de la escritura to que alguna de las nte como supletorias, tamento público que sí, por regla general, tivo *in scriptis*, como de legalmente que se ierto otorgado de pa- á escrito.

Códigos del Uruguay (art. 758) y chileno (art. 1.015), es que el testador haga sabedores de sus últimas disposiciones al Escribano, si lo hubiere, y á los testigos.

ART. 694. El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador, y de los cuales uno, á lo menos, sepa y pueda escribir.

Sólo se exceptuarán de esta regla los casos expresamente determinados en esta misma sección.

Concordancias.—Análogo al art. 565 del proyecto de Código de 1851, é igual art. 691 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Fuero Juzgo, libro segundo, título V, ley 11.*—Si algun omne faze manda de sus cosas por escripto, e si el escripto fuere confirmado de la mano del qui lo fizo e de las testimonias; o del uno destos, o de las testimonias, o de aquel que la faze; o si aquel que faze la manda non sabe escrevir por su mano, e diere otro omne que escriba por el, o que lo sennale el escripto; o si algun omne faze su manda ante testigos sin escripto; cada una de estas quatro maneras de fazer mandas deve valer...

Partida 6.ª, tit. 1, ley 1.ª—... E son dos maneras de testamento. La vna es, a que llaman en latin *Testamentum nuncupativum*, que quiere tanto dezir, como manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que demuestra el que lo faze por palabra o por escripto, a quales establezca por sus herederos, e como ordena, o departa las otras sus cosas...

Novísima Recopilación, libro décimo, tit. XVIII, ley 1.ª (19 del Ordenamiento de Alcalá).—Si alguno ordenara su testamento o otra postrimera voluntad con Escribano publico, deben ser presentes a lo ver otorgar tres testigos a lo menos vecinos del lugar donde el testamento se hiciere y si lo hiciere sin Escribano público, que sean ahí á lo menos cinco testigos vecinos, segun dicho

CESSIONES

y sino pudieren ser b
dicho lugar, a lo men
lugar.

* *de Toro*).—Ordenam
del Ordenamiento del
e dispone quantos tes
ntienda y platique en
nuncupativo, agora
ora entre herederos
en latin se dice *in scr*
os siete testigos con

ará su última volu
lactado el testamen
del lugar, año, me
e leerá en alta vo
está conforme con
mado en el acto p
an hacerlo.

sabe ó no puede fi
uno de los testig
ndo fe de ello el N
alguno de los testig

ar que, á su juic
idad legal necesar

ículos 565, 567 y 568
de 1882.

ART. 696. Cuando el testador que se proponga hacer testamento abierto presente por escrito su disposición testamentaria, el Notario redactará el testamento con arreglo á ella y lo leerá en voz alta en presencia de los testigos, para que manifieste el testador si su contenido es la expresión de su última voluntad.

Concordancias.—Análogo al art. 694 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTICULOS 694, 695 Y 696. — I. *Del testamento abierto.*—La noción exacta, la esencia del testamento abierto ó público la encontramos en las primeras palabras del art. 695. *El testador expresará su última voluntad al Notario y á los testigos.* Y por esa misma nota diferenciadora se distingue de los otros testamentos comunes, el ológrafo y el cerrado, en ninguno de los cuales necesita el testador divulgar sus últimas manifestaciones; en el primero, porque no intervienen Notario, testigos ni ninguna otra persona, y en el segundo porque aquéllas emplean sus oficios con posterioridad al otorgamiento del testamento, y sólo para autorizar la cubierta que envuelve lo escrito por el testador exclusivamente, ú otra persona á su ruego, pero firmándolo y rubricándolo aquél.

a) *Condiciones que deben concurrir en el Notario autorizante.* — Ahora bien, y antes de pasar adelante á examinar el valor y alcance de las primeras frases del citado art. 696, ¿qué condiciones han de reunir ese Notario y testigos en el testamento público? De esta tarea se ocupa el artículo anterior 694, aunque no sea más que por medio de indicaciones vagas y generales. La lógica parece indicar que el art. 695 debía anteceder al 694, ya que éste no admite fácil explicación sin tenerse sabido por el primero qué funciones van á ejercer en el testamento abierto el Notario y los testigos, para deducir y justificar de ese modo las cualidades naturales y legales que deben forzosamente acompañarles, si han de responder al objeto de su intervención en ese acto solemne.

ta á decir que ha de
gamiento, debiéndose
del Notariado, la cual,
trán ejercer indistin-
se halla su Notaria,
il las poblaciones en
instancia. Y tan ter-

minante es esta disposición, que el art. 26 del Reglamento para la ejecución de la mencionada ley ordena que los Notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial, el cual lo constituye, según el art. 3.º de la ley, cada partido judicial, dentro del que se crearán tantas Notarías cuantas se estimen necesarias para el servicio público, tomando en cuenta la población, la frecuencia y facilidad de las transacciones, las circunstancias de localidad y la decorosa subsistencia de los Notarios. Dentro del pueblo de la residencia del Notario, puede éste desempeñar su misión en cualquiera de los puntos que aquél comprenda, aun habiendo varios Notarios, y siempre que sea llamado por el que libremente le escoja para fedatario de sus actos, puesto que tal cargo es de completa confianza y ésta no tiene más límites que el referido impuesto por las leyes en razón á la residencia. Indica el Reglamento (art. 27) un caso de excepción en que el Notario puede dar fe en pueblos del domicilio de otro Notario, y es cuando, habiendo sido previa y especialmente requerido, existan circunstancias de incompatibilidad del Notario residente, ó de enfermedad ó imposibilidad física de alguno de los otorgantes que le impida trasladarse á la residencia del Notario requerido, lo cual se hará constar necesariamente en el instrumento, bajo la más estrecha responsabilidad del Notario autorizante. Con posterioridad á la ley del Notariado, y en sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Junio de 1864, se declaró que, aunque en un pueblo exista Escribano público de número, si se justifica, según la calificación y apreciación que de la prueba documental y de testigos haya hecho la Sala sentenciadora, que en aquella fecha se hallaba dicho funcionario gravemente enfermo ó imposibilitado de ejercer su oficio, no puede declararse la nulidad de ningún codicilo por ese motivo. Podemos, pues, estimar éste como otro caso de excepción al principio de que el Notario no habrá de ejercer más que dentro de su distrito notarial. Según

atencia de 18 de Junio de 1869, se entiende que no existe Notario en un pueblo siempre y cuando el que hay, único, tiene capacidad legal para autorizar como tal un testamento, por ser «mano del que es nombrado heredero. Por último, en Resolución de la Dirección general de los Registros y del Notariado, 30 de Septiembre de 1891, se estableció la doctrina de que lo que exige el Reglamento, en cuanto á la causa de hallarse «otorgante, por imposibilidad física ó de enfermedad, impedido trasladarse á la residencia del Notario, es que conste necesariamente en el instrumento, bajo la más estrecha responsabilidad

Notario autorizante, lo cual implica que toda infracción en este particular lleva consigo una corrección al Notario; pero no afecta á la validez del título, que, al fin, ha sido autorizado por funcionario que ejerce su ministerio dentro del territorio en que tiene «pública; por lo que, llegado un caso de aplicación del texto reglamentario, lo único que ha de constar en el título es la causa que motiva la autorización del Notario en lugar del domicilio de este, mas no la justificación de esa causa, la cual queda confiada al dicho funcionario, bajo su más estrecha responsabilidad, que no pueden exigirle la Junta Directiva del respectivo Colegio Notarial y la Dirección general en su caso.

De suerte que, la única prohibición absoluta que deducimos de tales consideraciones, es la de que el Notario ejerza su cargo fuera del distrito notarial, siendo relativa, la que se refiere al «reicio en pueblo de ese distrito distinto del que tenga por residencia dicho Notario. Por cuyo motivo no será posible legalmente á los efectos del art. 687, declarar la nulidad de un testamento abierto en que concurren esas circunstancias, aunque el Notario no haga mención del motivo por qué da fe en pueblo diferente del de su residencia. Esto, á lo más, dará lugar á la responsabilidad del orden gubernativo; pero sin otra trascendencia ulterior que afecte al fondo y demás solemnidades del testamento.

b) *Condiciones que han de concurrir en los testigos instrumentales para su idoneidad. — Número de testigos. —* La calificación de «testigos idóneos», que emplea el art. 694, tiene su razón de ser, en que no hay testamentos en que se dispensa á aquéllos de algunas cualidades legales que se deducen del contexto de los artículos 681 y 682, cuando el Código pretende hacer constar la ne-

ante tales preceptos, se vale
nos usada también en otros
, tratándose del testamento

abierto normal, del hecho con el número mayor de solemnidades, incluyendo los que otorguen el sordo y el ciego, no caben otras dispensas en la capacidad legal de los testigos que las ya previstas en general por el citado art. 682, es decir, con relación á los que al mismo tiempo figuren como legatarios, ó sus parientes, cuando el legado sea de algún objeto, mueble ó cantidad de poca importancia comparados con el caudal hereditario.

Y hasta tal punto revela el legislador su propósito, confirmando las expuestas observaciones, que á la frase de *«testigos idóneos»* añade la de *«que vean y entiendan al testador»*, la cual juzgamos como una verdadera superabundancia; puesto que ya queda dispuesto en el art. 681, para toda clase de testamentos en general, que no podrán ser testigos los ciegos, los totalmente sordos y los que no entiendan el idioma del testador.

Esos tres testigos han de intervenir, no sólo realmente en el otorgamiento del testamento, sino también figurar en la escritura que se extienda, sin que puedan ser sustituidos por otros que estuvieren en las mismas condiciones; porque como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Septiembre de 1862 (que puede perfectamente aplicarse á la legislación que hoy está en vigor), exigiendo las leyes como solemnidad para la validez de los testamentos la intervención de los testigos en el número que las mismas prescriben, la falta de los que, en el documento autorizado por el escribano, aparezcan haber intervenido con aquel carácter, no puede suplirse con otras personas de que no se hace mención en él, por más que se hubiesen hallado presentes en aquel acto; pues, aun cuando su testimonio pudiese constituir un medio ordinario de prueba en otro caso, no es suficiente ni admisible para subsanar el defecto de la solemnidad requerida.

El Código civil, respecto al número de testigos en el testamento abierto, adopta un término medio de entre los sistemas seguidos por las legislaciones extranjeras, habiendo tenido seguramente en cuenta que, al derogar las leyes de la *Novísima Recopilación* y del *Ordenamiento*, sobre las distintas formas de otorgar testamento abierto, alguna de las cuales lo facilitaba extraordinariamente, no debía tampoco sustituirlas con disposiciones que pu-

siesen trabas é introdujesen otras dificultades y precauciones más que las necesariamente requeridas por la naturaleza de las cosas, para seguir fiel al principio tan recomendado de que el acto de testar se halle al alcance del mayor número posible de personas en las distintas y variadas circunstancias en que aquéllas puedan encontrarse en su vida.

Exigen la concurrencia de dos testigos idóneos con el Notario, los Códigos de Holanda (art. 985). Vaud (649) y de Valais (627); reclaman dos testigos, asistiendo dos Notarios, ó cuatro, si interviene nn sólo Notario, los Códigos francés (971) italiano (777); tres testigos con el Notario, los Códigos de la Luisiana (1.571), Bolivia (668), Méjico (3.768), Uruguay (755), Guatemala (772), Chile (1.014), de la República Argentina (3.654), de Austria y del cantón de Bale; requiere cuatro testigos el Código del cantón de Neuchâtel (711); los Códigos portugués y del cantón de Tessino exigen cinco testigos; el Código ruso (867), en el testamento privado, que es el más parecido al nuestro nuncupativo, pide tres testigos, los que reduce á dos si entre ellos se encuentra el confesor del testador. Según las disposiciones del Derecho común alemán y del Código de Baviera, el testamento nuncupativo debe hacerse ante cinco testigos. Por último, en las diversas regiones autónomas de los Estados Unidos basta que firmen ó reconozcan el testamento escrito ó público dos ó tres testigos.

Nosotros estimamos suficiente el número de testigos que exige nuestro art. 694, teniendo en cuenta, como dice un ilustre juriconsulto italiano, que la tendencia del moderno Derecho se fija, más que en el número de los testimonios, en la calidad de éstos, principalmente tratándose de actos notariales: Y al examinar los artículos 681 y 682 ya hemos advertido lo riguroso que se había mostrado el legislador español al aquilatar las condiciones físicas y morales de los que han de intervenir testificando en el testamento. De modo que pueden considerarse de calidad los tres testigos idóneos que autoricen un testamento abierto, si se cumplen estrictamente los referidos preceptos.

La exigencia de que uno de dichos testigos, por lo menos, sepa y pueda escribir, obedece á la contingencia prevista en el artículo 695, de que el testador no sepa ó no pueda firmar el testamento; en cuyo caso lo hará por él, y á su ruego, uno de los

a; lo que ocurrirá también la firmar.

de los testigos? — Los testamentos para el testamento, e Partida? El distinguido *civil español con las correspondientes* (g. 42) sostiene la nega-luminosamente expuestas,

Dice que, si bien tal romano al de Partidas, lo *Alcalá*, dictada para esterilización de testamentos con-ción patria; la rogación era de los romanos «*testamenti*» ha tenido esa facultad en-dien como uno de los dere-oy, pues las leyes actuales se á evitar que sea defrau-y ese requisito de la roga-to propósito: Y además de vigentes, está en oposición amente una fórmula routi-a el mayor número de tes-al, suprimida en éstos la nos válidos, si en ellos se lades del Derecho.

ener mayor oportunidad y gente Código civil, que to-las leyes anteriormente en-tiérrez, en sus *Códigos fun*-o, cuando escribe: «verdad

es que las leyes caían, pero las leyes no necesitan recomendar una circunstancia que la práctica exige como un acto de urbanidad y que de hecho se presume para evitar también el caso de que no depongan como testigos, simples advenedizos ó pasajeros». No pueden convencer á nadie estas razones, cuando es incuestio-nable que en el encabezamiento del escrito testamentario han de consignarse los nombres y circunstancias personales de los testi-gos que intervengan realmente como tales en el testamento de

que se trata. La Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de Febrero de 1881, ha hecho acallar todas las discusiones, declarando que no son necesarios, ni el llamamiento ni la rogación de los testigos, porque la ley de Partida que exige estos requisitos fué derogada por la *ley 13, título XVIII, libro 10 de la Novísima Recopilación*.

*
* *

La excepción á que se refiere el párrafo 2.º del art. 694, alude como parece indudable, á los testamentos otorgados en tiempo de epidemia y en peligro inminente de muerte; y cuando examinemos éstos, ya haremos ver el alcance que pueda tener dicha excepción, tal como se halla formulada en el Código. Á los testamentos del sordo y del ciego, no puede aquélla referirse porque en ellos no se extremen más las solemnidades exigidas; y por tanto no es lógico concederles dispensas, cuando el legislador, en los artículos 697 y 698, ha dado á entender más bien lo contrario.

II. *Del otorgamiento del testamento abierto.—Redacción de la escritura testamentaria.*—Presentes los expuestos preliminares, examinemos ya cómo *debe hacerse* el testamento abierto. La forma más perfecta, el ideal, como si dijéramos, lo expresa la primera parte del art. 695, puesto que la otra manera que regula el siguiente artículo se aparta algo más de la verdadera noción del testamento nuncupativo, que, como ya hemos hecho observar, equivale, en el tecnicismo jurídico moderno, á testamento público. La forma de éste, más comprensible y propia, es aquella en que el testador, reunidos Notario y testigos, les manifiesta de palabra que va á otorgar su última voluntad en los términos que detalladamente entonces expresará, cuyas disposiciones ha de convertir seguidamente en escritas el Notario, ó un amanuense suyo, bajo su inmediata y directa intervención. Ese escrito deberá leerse á los presentes, quienes lo subscribirán en señal de aprobación, siempre que convengan en ésta; y el testamento quedará de esa suerte otorgado.

El art. 695, sin embargo, no prohíbe que dadas previamente por el testador al Notario instrucciones de cómo ha de redactar el

testamento, se reúnan después, para el acto real del otorgamiento y otro con los testigos ante los cuales se lea la disposición escrita. Y que esto puede lícitamente hacerse, nos lo enseña más una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1894, en uno de cuyos *Considerandos* se sostiene como doctrina legal, la de que ni el art. 695 ni ningún otro del Código civil, prohíben que, como diligencia previa al otorgamiento, sea necesaria muchas veces por la extensión é importancia de las cláusulas testamentarias, el testador participe su voluntario para que se redacte por éste, con estudio y detenimiento, y garanticen en el acto solemne del otorgamiento la exactitud y claridad de la que ha de ser fiel expresión de la libre y expresa voluntad del testador; observándose las solemnidades del otorgamiento y existiendo la unidad de acto cuando el testador manifieste claramente su propósito al Notario y á los testigos sin que indique la ley por quién ni dónde ha de redactarse el testamento, ni si ha de serlo antes ó en el acto del otorgamiento, solamente que se expresará el lugar, año, mes, día y hora, leyendo en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con la redacción con su voluntad y firmándose en el acto, si lo viera, por el testador y los testigos que puedan verificarlo.

En recentísima sentencia publicada en 18 de Junio de 1894, se sienta en el *Considerando primero* la misma doctrina, repitiendo hasta las palabras de la de 5 de Junio de 1894.

Y es lo que la sentencia de 18 de Junio se refiere á un testamento redactado en el tiempo que rigió la primera edición del Código civil, cuyo art. 695 decía literalmente: «El testador expresa su última voluntad en presencia de los testigos y del Notario. Redactará las cláusulas y las leera en alta voz, presentes también los testigos, para que el testador manifieste si está conforme con ella».

No obstante la diferencia de redacción del art. 695, en la edición primitiva del Código y en la reformada, y de que las palabras que dejamos subrayadas pugnan abiertamente con la interpretación sentada por el Tribunal Supremo con la autoridad que le comunica su encumbramiento, lo cierto es que ha medido el mismo rasero ambas versiones legales del art. 695, dando ejemplos de gran sentido práctico, siquiera haya sido con la falta de flecha y violencia y fractura del texto del susodicho artículo en la primera edición del Código civil.

De suerte que, al contrario de lo que pudiera creerse, el mismo Tribunal Supremo recomienda que en algunos casos se haga uso de ese procedimiento para garantizar mejor la formación perfecta del testamento.

Convienen los autores, aun en oposición á ciertos fallos de los Tribunales franceses, que debe ser nulo el testamento en que el testador expresa con signos ó con monosílabos afirmativos, por las preguntas de un tercero, su última voluntad. Goyena lo cree indiscutible, aun con relación al precepto correspondiente del proyecto de 1851, menos expresivo sobre el particular que los de nuestro Código civil. Como dice Rogrón, el testador debe pronunciar *palabra á palabra* lo que desee que sea escrito por el Notario; de lo cual se sigue que los mudos no pueden testar en esta forma. Un decreto del Tribunal de Poitiers, que cita dicho autor, de 30 de Junio de 1836, declara que un testamento copiado de notas remitidas por el testador al Notario, procede reputarlo nulo.

A tanto ya sabemos que no llegan las leyes españolas, según lo que da á entender la sentencia del Tribunal Supremo anteriormente mencionada.

El testamento por minutos ó instrucciones previas dadas al Notario tiene, aun admitido hoy, algún inconveniente; como el de que aquel no traduzca con toda la posible fidelidad los pensamientos del testador. Por esto, el ilustre Laurent (en sus *Principes du Droit civil*), y algunos otros jurisconsultos expresan que, siendo posible que el Notario, al escribir el testamento, cometa omisiones, errores, inexactitudes, puede ocurrir que el testador se encontrare durante la lectura en la precisión de hacer correcciones numerosas; y en evitación de esto y por no perder tiempo en la lectura de un nuevo escrito, habiendo de inutilizarse el primeramente hecho, será preferible aconsejar que dicho Notario prepare antes una minuta, la cual, después de las correcciones y modificaciones que se ocurran al ser leída, pueda mejor y con menos riesgo ser puesta en limpio, para que quede convertida en el verdadero instrumento testamentario.

Este comenzará encabezándose con la designación del lugar en que se otorgue; cuyo extremo es de interés y constituye requisito de los más imprescindibles. Necesita conocerse tal lugar para determinar por él la legislación civil que debe aplicarse, no sólo tratándose de las formalidades extrínsecas del testamento, sino

rente de la relativa á la cuota que el testador puede disponer. Por el Notario autorizante es el Notario.

rá también si el requisito de estar libremente observado, puesto de relación con la del tes-

en la fecha del testamento, consignación, y que se acostumbra de redacción de instrucción del lugar. Se precisa que se otorgue la última voluntad, con libertad y razón, porque puede que aparecieran dos testamentos, ó uno cerrado y otro abierto, etc., extendidos en un mismo papel, lo que muchas veces es difícil de apreciar. Con la designación de un testamento anterior por el testador, prevalece. Con la designación de un testamento anterior, no se teme tal suposición hoy, testamentos.

haya omitido exigir ese requisito; cuya observación se corresponde. La regla ordena, con referencia al testamento, se extienda sobre la cual, hora, día, mes y año del otorgamiento. Si aparecen dos testamentos, uno de los cuales se encuentra otorgado, el primero se encuentra otorgado, del art. 688, resultará á veces la de saber cuál es la última. Y que esta previsión no altera el caso muy comprensible de cambiar las disposiciones que

acabara de otorgar ante Notario y testigos, descontento de lo hecho ó comprendiendo que lo hizo por la influencia moral que la presencia de aquéllos le infundía, y tratando de evitar el compromiso de tener que exponerles las vacilaciones ó dudas que le

ocurran, ó el cambio de su conducta ó cualesquiera otros motivos, teste seguidamente en la forma ológrafa, olvidándose de hacer mención de la disposición abierta que recientemente otorgara con otra clase de solemnidades. ¿A cuál testamento se dará la preferencia? La cuestión la resolverían entonces los Tribunales de justicia ante los que se llevare el litigio; y la apreciación racional y justa de la prueba practicada sería la que decidiese la duda controvertida; por culpa del legislador que, por la omisión de una sola palabra, dió origen á aquel pleito y otros análogos, que la práctica seguramente ha de ofrecer.

La ley *Notarial italiana* (artículos 43, núm. 1.º, y 49, núm. 4.º) dispone que el instrumento debe contener la indicación del mes, del día, del término municipal y de la casa en que el acto se realice, y en las disposiciones de última voluntad, también la hora; cuya omisión lleva envuelta la nulidad.

A continuación de esas designaciones, y no perdiéndose nunca de vista que el escrito testamentario de que estamos tratando es una verdadera escritura matriz (pues constituye el original que el Notario ha de redactar sobre el acto sometido á su autorización, párrafo segundo de la ley del Notariado), en el encabezamiento del testamento abierto se hará constar igualmente el nombre, circunstancias personales y vecindad del Notario autorizante; acostumbrándose á indicar además el Colegio notarial á que pertenece. La omisión de estas circunstancias, al igual de lo que expresa el art. 110 de la ley *Notarial italiana*, no traería consigo la nulidad del acto, sino solamente la aplicación de una multa ó corrección gubernativa por la falta. Recuértese, sin embargo, lo que tenemos dicho para cuando resultase acreditado que el Notario había autorizado un testamento fuera de su distrito notarial; limitánlose las tolerancias sobre el particular á los casos en que intervenga como tal en pueblos comprendidos dentro de dicho distrito.

Seguidamente vendrá la designación del testador, con su nombre y dos apellidos, vecindad, edad, profesión y demás indicaciones, que tiendan á individualizarlo; excluyendo, como dice el jurisconsulto Grondona, todo equívoco ó posibilidad del cambio con homónimos, caso no posible especialmente con el transcurso del tiempo. Entonces será ocasión de aplicar el párrafo último del art. 695, haciendo constar el Notario que, á su juicio, el

necesaria para otorgar
ue, acerca de este ex-
ones que expusimos al
xpresamos que la Comi-
., de cuyos trabajos salió
civil, considerando algo
s á asegurar la referida
umente el concepto ante-
ierdo con el correlativo
inera de redactar instru-
d proceder adoptó dicha
s. En el correlativo de la
otario dará siempre fe de
necesaria para otorgar el
lescansar tal afirmación
re en cada caso concreto

umento con sujeción fiel
ecisamente valor sustan-
icen aquéllas. No ha de
tan literal que no pueda
ra persona, de un ama-
dicte, según vaya ma-
spués que éste concluya
art. 778 del Código Ita-
lad, la cual se redactará
. Algunos jurisconsultos
er, Delvincourt y Duran-
a sola función mecánica
o la de erigir la manifes-
nto público, comunicán-
lo que la jurisprudencia
ia considerarse al Notario
o como un traductor libre
onente.

da reservada, si es que el
respete su voluntad, la
mento, siguiendo en la
que tenga por costumbre

que estime más convenientes, dentro del criterio con que anda las funciones notariales.

habitualmente suelen comenzar los testamentos, por una declaración de fe religiosa, que á nosotros (lo confesamos sinceramente) nos ha producido siempre muy escaso respeto, cuando no indiferencia ó desagradable impresión. Generalmente, y en este caso hablamos, se hacen esas declaraciones con arreglo á un *boletín* ó formulario, igual para todos los casos, sacado de algún *libro de modelos*, y que saben de memoria y de corrido cualquier *escribano* ó cualquier amanuense de Notaría, declaraciones que se firman en esa forma después de hacer, á lo más, al testador la pregunta de si es católico ó de si cree en Dios.

En la parte de que esa fórmula resulta una fría expresión, por lo común usada, de ideas de transcendencia y espontaneidad, como son las que afectan á las creencias religiosas, en los momentos augustos que miran á la eternidad, puede en ocasiones ser reflejo exacto de los verdaderos juicios del testador sobre la materia y que acaso éste no tenga interés en rectificar, al leer la lectura de lo escrito, por no dilatar ó entorpecer el acto de otorgamiento del testamento, ó por juzgar, dentro de los principios filosóficos que profesa, de escasa importancia ó indiferencia las manifestaciones que son y serán siempre las más graves y fundamentales que preocupan á la mente humana.

Referible nos parece que la confesión religiosa se haga siempre en términos concisos y espontáneos para que represente en el caso, no sólo la solemnidad de la declaración, sino también mayor intervención que en la manera de expresarla haya tenido el testador.

En fin, observando que ese lugar de los testamentos es al que se otorga menos cuidado é interés, reservándolo casi siempre á la parte formularia del instrumento; lo cual no lo juzgamos inconveniencia y utilidad prácticas para lo futuro, porque si en el caso de haber de interpretar una cláusula testamentaria en la que se relacionase con las ideas religiosas profesadas por el testador, sería difícil averiguarlas con toda exactitud por entre las frases y estereotipadas frases de un *modelo* de testamentos. A propósito recordamos un curioso fallo del Tribunal de Casación de París, fecha 27 de Abril de 1857, declarando nulo un testamento cuyo preámbulo, que expresaba la profesión de fe reli-

efinitiva de aquél. Algunos jurisconsultos, como Laurent, sostienen que no debe ser nulo un testamento aunque se acredite la omisión de la lectura de extremos del mismo que no afectan al contexto ni á lo que verdaderamente dejó dispuesto el tes-

tador exponiendo cronológicamente los diversos momentos del testamento abierto; el cual, por tanto, acabado de redactar y leído á los que en él intervienen, ha de ser por los mismos testigos, como señal exterior y sensible de que prestan su aprobación á lo que aparece declarado en el instrumento público: Por lo que dice nuestro art. 695 que si el testador estuviere conforme con lo escrito, teniéndolo por la verdadera manifestación de su voluntad, lo firmará en el acto y además los testigos que puedan hacerlo.

El testador firmará el testamento según sea su costumbre, aplicando á este propósito todas las consideraciones que hemos expuesto al tratar de la firma en el testamento ológrafo. Asimismo con respecto á éste que al abierto, aconsejaríamos, si no lo ordena el Código, que el testador, además del Notario, ó por lo menos pusiese su rúbrica, en cada una de las hojas del testamento, con excepción de la última, en la cual pondría las firmas completas de aquéllos y de los testigos.

La suscripción es, lo mismo que la lectura, requisito tan esencial, que faltando, no sólo la del testador, sino la de alguno, que del documento ó de otras pruebas apareciese saber que no fuese substituído al efecto por otro, produciríase la nulidad del testamento; y hasta, como dice el art. 3.659 del Código de la República Argentina, si el testador muriese antes de firmar el testamento, sería este de ningún valor, aunque lo hubiese principiado á firmar.

Como no es requisito de la testamentifacción activa el poder firmar, es posible que dicho testador ignore la escritura ó se halle por razón de enfermedad ó de algún accidente físico imposibilitado para coger la pluma y trazar los rasgos que constituyan su firma. Este particular es preciso dejarlo bien establecido y justificado en el cuerpo del escrito testamentario, porque lo contrario sería fácil adulterar cualquier última voluntad. Es difícil el llegar á saber si el motivo de firmar otra persona que el testador obedece á la negativa de éste á suscribir lo escrito

y apellid

o, con una
ó no pued
ste extrem
strument

in de inte
de saber
el testado
a extraña
estament
quién se
entido ur
as circun

ar ha de h
y no el No
observar u
ingerene
ción por e
al sentido
a razón e
ste y hac
iento test

n de no s
en lo futu
to se otorg
se de act
testament
eidad, lib
se compr
amente té
e que ha
er entonc
alirae de l
ado el doc
a intenci

del que figura en ella como principal protagonista es el primordial punto de mira del que siempre ha de partirse, dicha inexacta declaración, en principios de realidad lógica, debe dar á entender que el testador se valió de esa estratagema por no denegar francamente la suscripción de la escritura ante los que él concurrieron. Es decir, el que expresa que no sabe ó no puede firmar, sabiendo y pudiendo, indica bien claramente que no quiere firmar, y en ese supuesto, el caso viene á ser equivalente al de un testamento que se encuentre sin firma del testador. Sin embargo, es posible acontezca lo que prevé un fallo del Tribunal de casación francés, de 5 de Mayo de 1831, el cual contiene la teoría de que, si bien es general que al declararse que no se sabe firmar cuando realmente se sabe, se afirma en otros términos que no se quiere, hay que reconocer también que con frecuencia un sencillo aldeano ó labrador que, no sabiendo leer ni escribir, ha puesto algunas veces su nombre suscribiendo ciertos actos escritos, puede considerar muy de buena fe el decir que no sabe firmar; en tal caso, el testamento ha sido siempre mantenido como obra de la voluntad del testador, libre y espontáneamente expresada.

Tratadistas hay que reconocen que si el testador, cuando hizo el testamento estaba imposibilitado para suscribirlo, ya por debilidad ó por parálisis de la mano, y que tal incapacidad había sido reconocida en el otorgamiento de actos auténticos parecidos anteriormente celebrados, según la mente del testador, debe tomarse la locución de *no saber* como equivalente á la otra de *no poder*, tanto más cuando consta que aquél trataba de hacer un testamento serio y válido y cuando tal declaración está dicha con buena fe y sin ánimo de proferir una mentira. He aquí cómo otros comentaristas confirman la observación que anteriormente hemos aducido, de que la intención del testador, preferente norma en la interpretación de las cláusulas testamentarias, es también la que ha de resolver las dificultades originadas por la carencia de firma del testador en el testamento público, siempre que no se halle suplida tal falta en debida forma.

Como el art. 694 dispone que de los tres testigos que deben intervenir en la otorgación del testamento abierto, basta que uno sólo sepa y le sea posible firmar, puede suceder que no haya en la escritura testamentaria más que dos solas firmas, la del Notario

aquella. Así se lo ordenan además la ley y Reglamento del Notariado. En efecto: ha de dar fe, según el art. 695, de que, á su juicio, se hallaba el testador, al disponer su última voluntad, con la capacidad legal necesaria para ello. Y según otros artículos, de haberse cumplido todas las formalidades exigidas para el testamento en un solo acto; de que conoce al testador ó á los testigos de conocimiento en su caso; de haber dado lectura de la disposición testamentaria á todos los que deben de suscribirla; y, en una palabra, de todo lo que las leyes demandan que sea garantido y asegurado además, bajo la palabra del funcionario público, cuya fe se invoca en ese y otros análogos actos de carácter público.

* *

A pocas consideraciones se presta la inteligencia del art. 696, el cual representa más bien una modalidad en la forma de expresión del testamento abierto. Tiene su único precedente en el proyecto de 1882, y casi podría excusársele con sólo añadir una sola frase al comienzo del art. 695, diciendo: «*El testador expresará, ya de palabra ó ya en minuta por escrito, su última voluntad al Notario y á los testigos*»; porque en todo lo demás son aplicables al caso del 696, con algunas poco importantes modificaciones de detalle, las formalidades sancionadas por el 695. Así, con arreglo al artículo 696, ha de ser el Notario quien dé lectura de lo escrito ó redactado definitivamente en vista de la minuta presentada por el testador, y en el art. 695 se deja esta tarea á cualquiera de los que intervengan en el testamento. Se añade en el 696 que la lectura se hará en presencia de los testigos; pero esta aclaración lo mismo puede aplicarse á la forma de testar del art. 695; porque si los testigos no hubieran de asistir en ella al acto en que el Notario publica lo escrito para que el testador diga si está ó no de acuerdo con lo que él antes formulase de palabra, ¿cuál sería la misión del testigo, ni por qué había de exigirse forzosamente que interviniera en la mayor parte de las últimas voluntades?

Encontramos la redacción dada últimamente al art. 696 algún tanto significativa, y por lo mismo lo advertimos. En la edición primitiva del Código se decía: «*Cuando el testador que se proponga hacer testamento presente ya redactada su disposición testamentaria, el Notario la copiará.*» Hoy se le da á éste más im-

ONES

amanuense;
dicho func
es de ley so
n resultaría
atenerse de
tra lo orden

minantemente por el legislador, quisiese hacer constar en
nuta ó proyecto del testamento que presentara al Notario
gos. Bueno es que se le respeta, en toda la integridad de l
rimas manifestaciones de su voluntad, en cuanto afe
fondo y sustancia del documento testamentario; pero sea
cional, cuando no otra cosa más grave, compeler al func
notarial á que copiara literalmente un escrito que, para co
en testamento abierto eficaz, le entregara un testador, y
escrito se hiciera constar, por ejemplo, que las disposici
aquél se expresasen ante dos testigos únicamente ó ante tr
guno de los cuales supiese ó pudiese escribir, ó infring
abiertamente en cualquier otra forma prescripciones legi
minantes y relativas á solemnidades esenciales é impresc
de los testamentos. No: el Notario será siempre el director
ciones testamentarias é inspector obligado del cumplim
dichas solemnidades, como ya en otra parte hemos mani
no sólo porque en ese acto es el más adscuado representa
legislador en la aplicación acertada de la ley, sino porqu
su propia conveniencia le exige alejar todo peligro de re
bilidad civil ó criminal con que le advierte el Código, si
que se observen todas las disposiciones del Derecho refer
otorgamiento de un testamento. Y, por tanto, á quien se i
tan apremiantes y estrictas obligaciones justo es asimis
se le concedan las facultades y derechos respectivos, cond
é la debida realización de los deberes anejos á su cargo.

La Instrucción de 9 de Noviembre de 1874, en s
culos 1.º y 3.º, dispone, con referencia á nuestro objeto,
Notarios redactarán con claridad y concisión las cláusula
escrituras en que se declaren los derechos y obligaciones
otorgantes; y, *si bien procurarán atenerse literalmente á las*
que éstos les entreguen, de sus contratos, cuando así lo ver
ó á las instrucciones verbales que les dieran, *siempre que*
en ellas ambigüedad, confusión ó falta de claridad, lo adve

los interesados, proponiéndoles la redacción que, en su concepto, exprese mejor el sentido de lo que se hubiere estipulado, cuando dichos documentos ó minutas no contengan algunas de las circunstancias que debe contener la inscripción. Según lo dispuesto en la Ley hipotecaria y su Reglamento, el Notario procurará que los otorgantes declaren dichas circunstancias; y si no quisieren ó no pudieren hacerlo, salvará su responsabilidad manifestando en el instrumento que, advertidas las partes de la conveniencia de dicha declaración, dejaron sin embargo de hacerla. De todo lo cual deducimos, además de lo que ya hemos expresado, que el Notario puede hasta examinar aquellas cláusulas de la minuta testamentaria que no ofrezcan una inteligencia clara y lógica, y proponer que se sustituyan por las que parezcan más conformes con el sentido de la última voluntad del testador; y si las circunstancias necesarias para la validez del instrumento, conforme á las leyes aparecen omitidas en la minuta que presenta el testador el Notario puede, si no es atendido, negarse á redactar el testamento ó á autorizarlo, según estatuye el párrafo 2.º del citado artículo 3.º de la Instrucción; y, en el primer supuesto establecido, ya que aquélla no autoriza otra cosa, podrá, no siendo atendido por el testador, hacer constar en el testamento que se insertan las cláusulas ambiguas á pesar de haber hecho la oportuna advertencia. Media la particularidad de que, muerto el testador, y puesto en ejecución su testamento, las particiones que amistosamente pueden hacer entre sí los interesados, teniendo presente lo dispuesto por el difunto, habrán de autorizarse ante Notario, y entonces se detallarán con mayores precaución y escrupulosidad las reglas que exige la referida Instrucción, tratándose de documentos que hayan de ser inscritos en el Registro de la propiedad. Entonces también se otorgará la llamada escritura pública de partición hereditaria, de la cual se sacará para cada interesado ó partícipe de la herencia, su correspondiente hijuela, que el que quiera podrá hacer que sea registrada si desea que produzca efecto en perjuicio de tercero.

Por esto, aunque en la redacción del testamento convendrá tener presente, siendo posible, la Instrucción de 1874 al formular las declaraciones generales que sobre constitución de derechos, imposición de gravámenes ó creación de obligaciones, haga el testador, donde con mayores tranquilidad y cuidado puede ha-

cualquier capellán del Establecimiento; mas derogado por la ley del Notariado, según el Real orden de 27 de Octubre de 1863. También otorgado en despoblado ante dos hombres y una mujer, si no hubiere otros testigos, ó ante un hombre y una mujer. El testamento otorgado ante testigos puede hacerse también por *interrogatorio* y respuesta del testador á preguntas que se le hacen, para enterarse los testigos de su contenido, por lo que pueda reservárseles cláusula alguna, si el testador necesitan suscribirlo.

El testamento nuncupativo exige en Cataluña ser otorgado en escritura pública, presenciando legalmente el acto hasta su terminación, si el testamento contiene institución de heredero, la preterición de uno ó la no aceptación del instituido, y sigue las consecuencias el axioma del Derecho romano: *inter vivos moritur parte testato et parte intestato*. En el resto de España, de Barcelona, exclusivamente, han caído en desuso, sustituidos más bien por los propios testamentos públicos. El testamento *sacramental* está hoy en desuso. Las últimas sentencias recientes, como la de 9 de Enero de 1901, en la ciudad de Gerona, en cuya iglesia del Convento de Santa María Sacosta, juran los testigos. En Cataluña se aplica la legislación catalana con variaciones.

En Navarra existen las tres formas de testamento: el nuncupativo de que ya hemos tratado, si bien la última forma, en presencia de tres testigos idóneos, sin Notario, es sólo supletoria de las otras dos. El testamento en Vizcaya puede presentar una forma ordinaria, según el testador se halle en país poblado, o una forma especial, si se halla en país despoblado, sin que conozcamos solemnidad especial alguna, las que llevamos explicadas en este comentario.

ART. 697. El que fuere enteramente capaz, puede leer por sí mismo su testamento; y puede, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos.

al art. 694 del proyecto de Código

5.—*Partida 6.ª, tit. 1, ley 18.*—
mudo o sordo desde su nacen-
). Empero el que lo fuese por al-
fermedad, o de otra manera, este
fazer testamento, escreuiendolo
ese letrado, o no supiesse escreuir,
). Fuera ende en vna manera, si
uiesse otro alguno en su lugar. En
zer testamento el ome letrado que
maguer non fuese sordo; e esto
aquel que fuese sordo desde su
n, si este atal pudiere hablar, bien

aciones de índole general.—A pesar
ectura del artículo revela, acaso no
en precepto mas necesitado de la
os auxilios de la lógica jurídica.
l (art. 1.917) y de Méjico (3.772)
potestad concedida á los entera-
s testamentos, rompiendo así la
que veía en los que llamaremos
incapaces de la testamentifacción

time proceder de las legislaciones
ustificación en la conformidad de
estado natural y con el desconoci-
sistemas educadores.

e su venida al mundo, estaba en
el exterior, por la imperfección ó
res del sonido. Dada esta deficiente
bilidad de que el sordo de naci-
guaje articulado y á comunicarse
antes, nada tiene de extraño que
n el Código de las Siete Partidas,
un incapacitado, y no imaginando

que estas imperfecciones y deslices de la sabia naturaleza pudiera remediarlas el ingenio y la paciencia humanos, decretaran de plano la incapacidad de dichos desgraciados para la testamentifacción activa.

El *sordo de nascencia*, si bien se mira, no es más que el sordo-mudo, y como el atraso de los tiempos no toleraba la educación en el grado suficiente para que aquél pudiera comunicarse por escrito, venía á resultar que el caso anormal en nuestros días de un sordo-mudo ineducado era el normal en aquellos brumosos tiempos medioevales, donde apenas fulguraban los destellos de las civilizaciones clásicas, y la humanidad, sumida en un quietismo estático, permanecía estacionaria y contemplativa, sin otros ideales que los de la vida ultra-terrena.

Fueron, pues, los legisladores de las Partidas soberanamente lógicos al negar á los *sordos du nascencia* la facultad de testar, como sería soberanamente ilógico el legislador moderno si otorgase á los sordo-mudos ineducados la testamentifacción activa. Tanto valdría esto como conceder á un papú ó á un kinbunda el derecho de testar.

Mas los autores de las Partidas previeron la hipótesis de que la sordera sobreviniese por accidente, recayendo en persona de ilustración, y para este caso dijeron: *Empero el que lo fuesse por alguna ocassion, assi como por enfermedad ó de otra manera, este atal si supiesse escreuir puede fazer testamento, escreuiendolo por su mano misma.*

II. *Indicaciones históricas.*—En el Derecho romano primitivo estaban incapacitados para testar los sordos, porque, como dice el jurisconsulto francés Accarias (*Precis du Droit Romain*), no oirían las palabras del *familiæ emptor*. Sin embargo, al mismo tratadista le extraña esa regla, por su generalidad, recordando que al lado del testamento *per aes et libram*, existía el nuncupativo. Y, con efecto, si por la fuerza de las cosas esas dos formas son igualmente inaccesibles á los mudos, no se ve qué razón impediría al sordo hacer testamento nuncupativo. Sin duda éste no fué introducido más que en consideración al caso en que no pudiera testarse en la forma *per aes et libram*, por lo que tal particularidad no se tuvo en cuenta al determinar las condiciones de la testamentifacción activa. Sin embargo, Justiniano ya [dice en el § 3.º, *tit. XII, libro II de sus Instituciones*, que el sordo no

por sordo el que
 se con dificultad;
 los y eruditos, pier-
 por lo que «una de
 nidad, á fin de que
 las en las mismas
 les son permitidos.»
 O.^a, tit. XXII, li-
 facultad de hacer
 encuentren en es-
 tengan uno ú otro
 ente se hallen en
 otra causa; limi-
 tamento á aque-
 lidad física de ha-

os referido, copió
 particular, permi-
 nacimiento, siem-
 simplemente leer,
 al Príncipe.

proyecto de 1882
 ida á los entera-
 ugal y Méjico. Al
 dado el precepto,
 n carácter y trans-
 B.

las distinciones
 el sordo testar en

rativa que impida
 n sólo por lo que
 una leve restric-
 precautoria para
 tividad del docu-

ANEXO LEGISLATIVO.

Además, como es un requisito común á todos los testamentos
 abiertos el de la lectura, es llano que tratándose de un testador
 sordo no podría percibirla, por lo cual él mismo ha de enterarse

de la expresión instrumental de su postr por sí el testamento en presencia del Notario y testigos y manifestando á continuación, si así lo juzga exacto, que aquella es la expresión verdadera de su último deseo para después de la muerte.

En todo lo demás regirán las reglas generales que comprenden los artículos 694 al 696, puesto que el artículo que comentamos se ciñe exclusivamente, como ya hemos expuesto, á prescribir una solemnidad, una medida de precaución para un caso dado, sin perjuicio de que las demás tengan que cumplirse en la forma ordinaria.

Y al llegar á estas alturas seguramente se preguntará el lector: ¿Dónde están esas asperezas interpretativas que movieron al comentarista á decir que quizá en todo el Código no se encontrase un precepto más necesitado de los auxilios de la lógica jurídica? Respondemos: En la segunda mitad del artículo.

Ninguna dificultad ofrece la parte primera, fuera de la novedad introducida al conceder la testamentifacción activa á los enteramente sordos.

El sordo que sabe leer, aunque su sordera sea absoluta, no tiene impedimento natural ninguno para testar. Puede hablar y consiguientemente expresar oralmente su voluntad ante el Notario y los testigos. Y sabiendo leer, es llano que también le es posible cotejar su último deseo con la versión instrumental dada por el Notario. La intervención del testador en esos dos momentos substanciales que constituyen el testamento, la expresión de la voluntad y su ratificación ó comprobación, no puede ser más personal y directa. Nada, por tanto, tan racional y jurídico como la concesión de la testamentifacción activa á los privados del sentido del oído, con tanto mayor motivo cuanto que esos *enteramente sordos* á que alude el artículo no son ni pueden ser los *sordos de nascencia*, según el tecnicismo de la ley de Partidas, sino los que han contraído la sordera por enfermedad sobrevenida eventualmente, v. gr., *catarro crónico de la caja*, que es de todas las otopatías, en sentir del sabio médico español Ariza, la que hace el mayor número de sordos, la que produce la sordera que podemos llamar clásica, esa sordera que aparece insidiosa y lenta, pero que marcha en progresión ascendente, de la que, como sigue diciendo dicho autor en sus *Estudios Médicos*, el indi-

imposibilidad eventual es á la que alude el artículo que comentamos—no puede haber reparo, porque si la afonía, la debilidad de la cabeza, la hinchazón de la garganta, una enfermedad en la lengua ó en los labios dificulta ó impide la lectura en alta voz, esto no obsta para que el testador que sepa leer se entere por sí mismo, y á indicaciones del Notario, del brevísimo art. 697, y proceda en consonancia designando las dos personas que en su nombre lean el testamento en presencia del Notario y de los testigos.

Mas el caso del enteramente sordo que no sepa leer, es diametralmente opuesto, y no puede ni ajustarse al mismo marco ni regirse por las mismas reglas.

Precisamente el grave error cometido por los legisladores patrios estriba en la adaptación á un mismo tipo de dos especies jurídicas, diferentes en absoluto. El enteramente sordo que conoce la lectura admite, por este arte educativo, la comunicación recíproca, sin necesidad de acudir al medio supletorio de las señas, más universal si se quiere, pero infinitamente más inseguro, dificultoso y propenso al error.

El sordo integral, que además de la completa falta de la audición, carece de la cultura más rudimentaria y no sabe leer, se encuentra, por lo que respecta á la posibilidad de testar con garantías de acierto y autenticidad, en una situación muy semejante á la del sordomudo que no sabe escribir.

Es verdad—decíamos en el proemio del libro tercero de los *Comentarios*, tomo XI—es verdad que el sordomudo ineducado carece de toda comunicación mental, salvo, claro está, el lenguaje de las señas; y al enteramente sordo, pero no mudo, quédale expedita la facultad de la palabra para expresar su voluntad; pero hay que tener muy en cuenta que el testamento abierto ó público no se cifra únicamente en la expresión oral por el testador de aquel su último deseo para después de la muerte, sino en la consignación fidelísima de ese deseo en el instrumento público y en la confrontación mental por el testador de la voluntad que expuso con la versión notarial. Es decir, que en el testamento nuncupativo requiérese, no sólo que el testador comunique con el Notario, sino que el Notario pueda comunicar con el testador. Y precisamente en la imposibilidad de esta última comunicación es donde reside la semejanza íntima que media entre la incapacidad

escribir y la situación,
de jurídica, del entera-

la persona enteramente
no sabe leer? Porque su
a lectura, equivale para
idad de oír le aparta de
leyéndole en la intimi-
o. Se argüirá que para
ne que cuando el ente-
os personas que lean el
sencia de los testigos y
e *incontinenti* resurge el
dificultad. Porque si al
ura ignorante hasta el
amos dotado de virtud
der de alguna manera
el expresado art. 697, es
n su nombre lean el tes-
e se le hable con bocina
, el hecho de ponerle el
un poco surtirá el menor
ntaría un código chino,
mente por medio de se-
con el testador. Pero,
o, desconocido para la
a casi totalidad de las
á la confusión, puede,
iera tolerarse en un acto
otorgación de un testa-
el absolutamente sordo
puede comunicar con él
r incapacitado para tes-
mo adelante, sino como
runda hipótesis.

la dicho que el supuesto
osible realización como
el caso de una persona
ro que antes de padecer

la sordera hubiese llegado á conocer, precepto del art. 697.

Ciertamente imposibilidad metafísica de este supuesto extravagante, que lleve á la condenación del texto que analizamos, sabida máxima recogida por el Rey Sabio «*Aun dixeron que non se deuen fazer las que suelen acaescer a menudo.*»

Más lógica y más jurídica es la solución de espíritus conciliadores, para atenuar la contradicción natural que existe entre el fin que el testador indica y los medios que indica.

Dichos intérpretes proponen que se entienda lo que el adverbio modal, que el sordo deja entrever, sino sordo que oye, para ello se fundan en que la lectura de un texto aunque se verifique en alta voz, no produce sino un murmullo vago, un ruido en que la pronunciación del lector impide oír todas las palabras que forman el contenido.

La observación es cierta. Basta que el sordo sea graduado para que se produzca el efecto. Cuando oiga la lectura, no la percibirá como tal, sino que oírá modulaciones y únicamente la cadencia final de las palabras. Dado su ánimo por la duda, pretende que se le lea su testamento, le saldrá al paso su propia voz, y pedirá poder leer por sí la expresión indicada.

Estas interpretaciones acomodaticias revelan una tendencia eminentemente jurídica de los términos armónicos, ó mejor dicho de los términos jurídicos.

Hay que reformar radicalmente el Código. El adverbio de modo *enteramente* porque es usado por personas que saben leer y no por personas que no saben leer. La reforma que pide á gritos el sentido jurídico consiste en negar á los enteramente sordos que no sepan leer la facultad de testar.

ista el Supremo, pero
no ha dado la clave

el nudo del problema,
ciación de prueba no
ontingencia, el tema
de «cómo un entera-
designación de dos
o».

enviene darle publici-
vida jurídica deben

a anciana, achacosa,
no de no saber leer,

apesadumbrada por desgracias de familia y padecida por una
sordera intermitente y bastante graduada que, según rumor
público, le impedía toda comunicación, como no fuese hablando
á gritos sobre el oído, y según dictamen de facultativos, bastaba
pronunciar en tono un poco más elevado del ordinario.

Esta anciana, impedida, tenía cuatro hermanos en posición
económica desgraciadísima: uno de ellos mendigaba de puerta
en puerta; el otro apenas sacaba con su trabajo manual lo indis-
pensable para la sustentación, y las dos restantes, á pesar de su
avanzada edad, asistían á domicilio en calidad de interinas y en
ocasiones se acogían á la caridad pública.

Frecuentaba la casa de la señora un Procurador de la antigua
ciudad de los Concilios, quien atendía con sus consejos á la
anciana, la representaba en sus asuntos, era, en una palabra,
como la espina dorsal de la administración de los bienes de la
testadora.

En estas circunstancias, otorgó testamento abierto la anciana
achacosa vecina de Toledo, y después de varias mandas insignifi-
cantes, alguna en obsequio de sus hermanas, instituyó univer-
sales herederos al susodicho Procurador y á un sobrino lejano,
dejando en el desamparo más completo á los dos hermanos, los
cuales prosiguieron el uno mendigando y el otro desgastando sus
decaídas fuerzas en la ruda faena á que se dedicaba.

En la escritura testamentaria no se hizo constar que la señora
fuese sorda ni se consideró preciso cumplir con la solemnidad

estatuída por el art. 697, de la doble lectura del testamento por dos personas elegidas por la testadora.

La otorgación se hizo en la forma ordinariamente acostumbrada, es á saber: cuando los testigos instrumentales fueron rogados y acudieron, el testamento había sido ya redactado, dándose á la llegada de aquéllos lectura del mismo y procediéndose á su firma y rúbrica.

Rumores que á poco se esparcieron por la Imperial ciudad hicieron sospechar que en la otorgación del testamento se había procedido acaso con manifiesta officiosidad y exceso de celo por los instituidos universales herederos, presentes ante la testadora en el acto del otorgamiento, y tomando vuelo estos rumores, llegaron á conocimiento de los hermanos injustamente preteridos, los cuales acordaron solicitar la nulidad del testamento, fundándose para ello:

Primero. En que la escritura testamentaria no se otorgó de conformidad con el texto literal del art. 695 de la primera edición del Código civil, por la que hubo de regirse el caso que estamos reseñando, toda vez que la testadora no expresó su voluntad delante de los testigos instrumentales, sino que cuando éstos fueron rogados y llegaron al domicilio de la paciente, el testamento ya estaba completamente redactado y puesto en limpio, procediéndose *incontinenti* á su lectura por el Notario, sin que la testadora pronunciase una sola palabra ni hiciese señal ostensible alguna de asentimiento ó disconformidad, antes bien, permaneció muda é impasible como una esfinge.

Segundo. En que siendo evidente que la testadora padecía una sordera bastante graduada que, unida á su avanzada edad, achaques é incultura, la hacían punto menos que incapaz, no se había cumplido con las solemnidades prescritas por el art. 697 para los *enteramente* sordos, en cuya categoría debía ser comprendida la paciente, ya que el dicho adverbio no se podía interpretar literalmente con respecto á los absolutamente sordos que no supieran leer, por resultar entonces imposibilidad natural y legal entre el fin que el artículo se proponía y los medios que otorgaba para ello.

Así planteada la demanda de nulidad, y después de practicada prueba, en la cual los tres testigos instrumentales que concurrieron á la otorgación del testamento declararon unánimes y

contestes que cuando ellos llegaron á casa de la testadora, el testamento estaba redactado por entero y que tan sólo escucharon su lectura, sin que la paciente pronunciara una sola palabra de conformidad ni hiciese seña alguna en tal sentido, el Juzgado de Toledo pronunció sentencia definitiva declarando la nulidad del testamento por considerar infringido el art. 695 de la primera edición del Código civil, mas sin decidir ni declarar nada respecto del segundo tema de nulidad, ó sea el incumplimiento de las solemnidades prescritas por el art. 697.

Apelada la sentencia por los instituidos herederos, la Audiencia de Madrid falló revocando la del Juzgado y declarando válido y eficaz en derecho el testamento de que nos venimos ocupando.

No son unos comentarios lugar adecuado para ejercitar la crítica de sentencias que no forman jurisprudencia. Además, como sólo tratamos del art. 697, reduciremos nuestro relato á lo que con dicho artículo mantenga relación.

La Audiencia de Madrid declaró que «Para que pueda tener aplicación el precepto del art. 697 del Código, es requisito esencial que el testador sea *enteramente sordo*, circunstancia que no concurría en la testadora, que no era sorda *enteramente*, cuyo adverbio de modo define la Academia de la Lengua diciendo que es tanto como cabal, plenamente, del todo; y el Tribunal Supremo ha dicho en su sentencia de 11 de Junio de 1864 que no se entiende por sordo el que oye, por más que sea necesario hablarle en tono más alto que lo ordinario, sino el que carece de la facultad de oír, por todo lo cual el Notario no tuvo obligación de hacer que la testadora leyera por sí el testamento ó que designare dos personas que lo leyeren en su nombre.»

La lectura del *Considerando* precedente demuestra que el problema salió de manos de la Audiencia tan intacto y obscuro como entró. La Sala, por escrúpulo ó por temor, respetó la virginidad del art. 697: Porque no se trataba de acudir al Diccionario de la Academia Española para encontrar la significación gramatical del adverbio de modo *enteramente*, ni de peregrinar en busca de una sentencia que, cual la del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1864, es impertinente al caso por referirse á los testigos instrumentales, sino de poner en claro si la sordera bastante grave, juntamente con el desconocimiento de la lectura por parte de un testador, son causas bastantes para que en el otorga-

miento de la escritura testamentaria deban concurrir las solemnidades á que se contrae el repetido art. 697. Lo que se pretendía, en una palabra, era que la Sala despejase la incógnita, resolviendo si, dada la imposibilidad natural y legal de que un absolutamente sordo que no sepa leer, se percate de lo que el art. 697 ordena respecto á la designación de dos personas que lean el testamento en su nombre, debiera traducirse esa imposibilidad por la aplicación posible, racional y jurídica del artículo que comentamos, al caso de un testador que padeciere de sordera y que además fuese ignorante hasta el punto de no saber leer.

Pero ya hemos dicho que la virginidad del art. 697, y por ende del caso planteado, no sufrió detrimento en la sentencia de segunda instancia, y así llegó el problema á las cimas donde se define y publica *ex-cátedra* la jurisprudencia con los nimbos luminosos de la santidad de lo juzgado.

La cuestión fué planteada, sobre poco más ó menos, en estos términos:

Aceptando la apreciación de prueba hecha por la Sala sentenciadora, y, por tanto, que se trata del caso de una señora sorda, pero no *enteramente* sorda en el significado genuino de dicho adverbio modal, y siendo asimismo un hecho reconocido y probado por la misma escritura testamentaria el de que la testadora no sabía leer, ¿debieron haberse cumplido en este caso las solemnidades prescritas por el art. 697, ya que el supuesto á que se refiere la segunda mitad del aludido precepto es por completo irrealizable, de no conceder validez legal al lenguaje mudo de las señas, y es, por el contrario, racional y jurídico que se procure la mayor suma de garantías cuando la testadora, además de no oír con facilidad, ignora la lectura y no puede hacer por sí misma la comprobación de su testamento? ¿Qué debe entenderse por *enteramente sordo* cuando el testador no sepa leer, ya que la interpretación literal del adverbio subrayado arguye en estos casos imposibilidad de medio á fin?

Vean ahora nuestros lectores el *Considerando* que el más alto Tribunal de España consagró á tan interesante cuestión en su sentencia de 18 de Junio de 1896:

«Considerando que la segunda cuestión sostenida en el recurso en su cuarto motivo se refiere á un hecho apreciado por la Sala sentenciadora, que declara no se encuentra la testadora en

el estado de sordera que exige la aplicación del art. 697 del Código, *dese en este caso el significado que se quiera al adverbio enteramente*, puesto que oía hablándole ó leyéndole en voz alta, cual lo hizo el Notario en el acto del otorgamiento del testamento; y que no impugnada en forma esta apreciación de prueba, ha de estarse á ella, sin que útilmente pueda alegarse que se ha infringido el artículo 697.»

Esta declaración localizada al caso del pleito deja *in tenebris* el art. 697. Y la culpa no es tanto del Tribunal Supremo como de los legisladores, que al cabo, dicho Tribunal, prototipo de la prudencia en el juzgar, tenía que mirarse mucho antes de adoptar una interpretación que, aun siendo todo lo racional y jurídica que con efecto es, conduce fatalmente á la consecuencia de que los enteramente sordos que no saben leer son incapaces de testamentifacción activa.

Aparte de que el recurrente no combatió la apreciación de prueba, antes bien, la admitió en su integridad, siendo en su consecuencia incongruente la especie de que no fué impugnada en forma dicha apreciación, ¿qué impedimento podía haber en el hecho de que la Audiencia afirmase que la testadora no era *enteramente sorda*, para no penetrar en el fondo de la cuestión, cuando precisamente todo el problema se cifraba en esa misma circunstancia, es decir, en no ser la otorgante sorda en absoluto? Si de lo que se trataba era de hacer posible mediante la *interpretatio* la aplicación del art. 697 en su segundo supuesto, ¿por qué se califica de apreciación de prueba lo que no es sino un problema difícil y arriesgado de interpretación discursiva, en el cual la voluntad, dirigiendo á la inteligencia, estaba llamada á superar y destruir los escollos creados por la falta de *sindéresis* del legislador? ¿Por qué desviar la cuestión de su verdadero centro á virtud de una equivocada inteligencia del recurso interpuesto, afirmando que fuese cualquiera la interpretación que se diese al adverbio *enteramente*, no caía dentro de la prescripción del artículo 697, porque la testadora oía hablándola ó leyéndola en voz alta? ¿Es esto resolver el problema ó es dejarlo, si cabe, más entenebrecido que antes?

Santa es la cosa juzgada, pero es libre la crítica de la jurisprudencia, y así como alabamos sin tasa las sentencias que encierran una declaración razonable y jurídica, nos dolemos amar-

guisimamente de aquellas otras que, ó por errores en la inteligencia del recurso, por defectos en su planteamiento ó por otra causa cualquiera dejan, en la oscuridad y laberinto de la interpretación, más ó menos doctrinal, temas jurídicos que, después de llegar trabajosamente á la cumbre, señalando su paso en muchas ocasiones un rastro de sufrimientos, se despeñan por exigencias de la forma, excluyente casi siempre de los temas de fondo, en el barranco del más inflexible rigorismo formalista.

* * *

III. *Observaciones.*—Desenvuelto ya el art. 697 en sus fases histórica, positiva y crítica, complementemos su estudio con algunas observaciones prácticas, las cuales podrán ser tenidas en cuenta algún día si la Comisión de Códigos se digna posar una mirada de misericordia sobre estas páginas.

1.^a *Observación.*—*Caso de sordera intermitente.*

Carácter común de muchas otopatías es el de la intermitencia. Suele el enfermo padecer alternativas muy sensibles, y merced á determinadas influencias locales, oír durante algunos períodos con bastante facilidad, y entorpecerse en otros la audición hasta el punto de presentar los caracteres de una sordera semi-absoluta.

El otólogo, el especialista, es el llamado en casos semejantes á dictaminar acerca de la capacidad sensasorial ó auditiva, llamémosla así, del paciente.

¿Debiéra haber sido prevista esta contingencia en el Código? Indiscutiblemente, y cuando el Notario se encontrase con un caso como el imaginado y dudara de si entre él (Notario autorizante) y el testador podía establecerse una comunicación verbal recíproca, sin sospecha de error ó mala inteligencia, cabría acudir á un arbitrio semejante al previsto en el art. 665. Los facultativos reconocerían al testador, y siempre que su opinión fuera favorable, el sordo que no supiese leer podría otorgar testamento, amparada y garantida su testamentifacción con el empleo de las solemnidades prescritas en el art. 697. Mas esto requiere previamente, como al buen criterio de nuestros lectores no se le habrá escapado, la declaración legal de que el *enteramente sordo que no sabe leer es incapaz de testar.*

—Las dos personas á que se refiere el artículo que comentamos, llamadas á leer el testamento en nombre del testador cuando éste no sepa ó no pueda, ¿deberán estar presentes en el momento en que el que testa manifieste al Notario su última voluntad? El artículo no disipa esta duda; pero su resolución afirmativa entra en la categoría de los predicados axiomáticos.

¿Qué garantía prestaría al testamento el requisito de la doble lectura sucesiva por dos personas designadas por el testador, si hasta aquel momento ignorasen la disposición testamentaria de este último? Si el legislador exige esa solemnidad de la doble lectura es porque la confrontación del testamento no puede verificarla el testador, y, en su lugar, la realizan personas que hay que suponer de la confianza del que testa, por cuanto él las designa. Y si la comparación de la versión instrumental con el último deseo solemnemente expresado acusa la producción de un juicio afirmativo ó negativo mediante el cotejo mental de los términos comparados, ¿cuáles pueden ser estos términos sino esos dos elementos substanciales de toda disposición testamentaria, nuncupativa, es á saber, la versión oral del testador y la razón instrumental del Notario?

* * *

Teniendo en cuenta las notas críticas apuntadas y las *observaciones* que preceden, nosotros redactaríamos el art. 697 del Código al siguiente modo, que refleja nuestro pensamiento:

* Los enteramente sordos que sepan leer podrán otorgar testamento, leyendo por sí mismos la escritura testamentaria.

* Los que padezcan de sordera, pero oigan hablándoles en la voz, podrán testar nuncupativamente aunque no sepan leer, signando dos personas que asistirán á la otorgación del testamento, y lo leerán luego consecutivamente en nombre del testador y en presencia del Notario y los testigos.

* Si el enteramente sordo supiere leer, pero por cualquier accidente no pudiese, designará dos personas que lo lean en su nombre, siempre en presencia de los testigos y del Notario.

* Si el testador no supiere leer, padeciere de sordera intermitente y el Notario tuviese dudas de si en el momento de la otor-

gación la sordera era tan graduada ó intensa que no permitiese la comunicación recíproca por medio de la palabra, sin temor á error ó mala inteligencia, designará dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad auditiva, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos.

* * *

De la testamentifacción de los sordomudos.—Debemos proceder por distinción.

Si el sordomudo sabe escribir, el art. 709 le concede la facultad de otorgar testamento cerrado, observándose ciertas solemnidades que allí se prescriben para garantizar la completa autenticidad de la disposición testamentaria.

Mas si el sordomudo desconoce por completo la escritura, creemos que no puede testar en ninguna forma. Tratándose del testamento abierto, como no le es posible manifestar oralmente ni por medio de los signos ortográficos su última voluntad, no puede acogerse á los beneficios de los artículos 695 y 696. Por esto dicha incapacidad constituye, en nuestro concepto, una causa física, irremediable y absoluta que imposibilita el ejercicio de la testamentifacción activa, y en ese sentido añadiríamos un tercer inciso al art. 663, considerando igualmente incapaces de testar á los sordomudos que no sepan escribir, como hace para todos los casos el art. 3.617 del Código de la República Argentina.

Tratándose del mudo que llegue á hablar por virtud de métodos ó invenciones, cuya *plena eficacia práctica* nosotros, hasta el día, desconocemos, los autores extranjeros se hallan en disconformidad. Los jurisconsultos italianos Mazzoni, en su obra *De Successione*, y Vittore Vitali, *Del testamento público*, opinan que si, merced al método del abate Tarra ó de otro, el uso de la lengua articulada resulta tan perfecto que el mudo puede expresarse lo mismo que cualquiera otro hombre, debe ser capacitado para testar. El tratadista Erio Sala opta por la negativa, y otros, como Polacco, distinguen el caso en que la adquisición del lenguaje articulado por el sordomudo sea producto de un artificio puramente mecánico y aquel en que haya habido una modificación del vicio orgánico; en el primer caso, dice que debe subsistir la inca-

e el sordomutismo; en el segun-
 evanecerá asimismo la incapa-
 tros creemos que sólo procederá
 ivalentes ó métodos que se conoz-
 iducción del sordomudo hagan
 ensamientos ó ideas de manera
 ar el sello de autenticidad propio
 ntánea y meditada á la par. La
 obstante, en el primer caso liti-

gioso que al Tribunal Supremo de Justicia sobre el particular se
 le presente, de establecer su opinión autorizada y obligatoria, re-
 solviendo las dudas que del silencio del Código en esta parte se
 desprenden.

ART. 698. Cuando sea ciego el testador se dará
 lectura del testamento dos veces: una por el Notario,
 conforme á lo prevenido en el art. 695, y otra, en igual
 forma, por uno de los testigos ó otra persona que el
 testador designe.

Concordancias.—Análogo al art. 695 del proyecto de Código
 de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. I, ley 14.*—El
 ciego non puede fazer testamento, fuera ende desta manera: deue
 llamar siete testigos, e un Escriuano publico, e delante dellos
 deue dezir como quiere fazer su testamento. Otrosi deue nom-
 brar, cuales son aquellos que establece por sus herederos, e que
 es lo que manda; e el Escriuano deue escreuir todas estas cosas
 delante los testigos, o si eran ante escritas, deuen ser leydas
 delante dellos; e despues que fueren escritas e leydas, deue dezir
 el ciego manifestamente, como aquel es su testamento. E de si,
 cada vno de los testigos deue escriuir su nome en aquella carta,
 si supiere escriuir; e si non, denelo fazer escriuir a otro. E tam-
 bien el Escriuano publico que escriuiere la carta, como los tes-
 tigos, deuen sellar la carta con sus sellos; e si el Escriuano publi-

co non se pudiere auer, deuen auer otro que lo escriua, e que sean con el ocho testigos en lugar del Escriuano. E esta guarda deue ser fecha en el testamento del ciego por que non pueda ser fecho ningun engaño.

Novísima Recopilación, lib. X, tit. XVIII, ley 2.ª—... Y mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos; y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha ley del Ordenamiento, los quales dichos testamentos y codicilos, si no tuvieran la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no fagan fe ni prueba en juicio ni fuera de él.

COMENTARIO.—I. *Del testamento del ciego.*—a) *Consideraciones histórico-legales.*—b) *Códigos extranjeros.*—Al ciego, sólo por tal circunstancia, no se le ha negado la testamentifacción activa ni aun en el antiguo Derecho, pues, como dice el jurisconsulto romano Paulo en el libro *III de sus Sentencias* «*Cæcus testamentum potest facere quia scire potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes*»; el ciego puede hacer testamento, porque puede requerir la cooperación de los testigos y oír sus testimonios.

Lo que tal desgracia ha exigido siempre son determinadas precauciones que pusieran al falto de la vista á cubierto de cualquiera maquinación contra la autenticidad de su última voluntad: Por esto el Emperador Justiniano ordenaba en el § 4.º, tit. *XII* (*Quibus non est permissum facere testamentum*), lib. *II de sus Instituciones*, que «el ciego no puede hacer testamento sino observando las formas introducidas por la ley del Emperador Justino, nuestro divino padre». Estas reglas estaban contenidas en la *Constitución 8.ª*, lib. *VI*, tit. *XXII del Código romano*; en la cual se exigía, además de los siete testigos del testamento nuncupativo, la asistencia de un *tabulario* ó Escribano, y á falta de éste, la de un octavo testigo, el cual había de escribir el testamento hablado, dictándoselo el ciego; y cuando se tratara de un testamento escrito, dicho octavo testigo habría de leerlo al testador en presencia de los demás, para que pudiera debidamente darse lugar á la declaración y al reconocimiento de la voluntad última del ciego.

La legislación de Partidas, según puede verse en los *Precedentes legales*, adoptó el propio sistema del Derecho romano, y ese

con

la

hijo

el de

en d

ag

sist

iso

18

nar

ra t

idig

nuli

ribi

nier

scop

,cur

test

cieq

e le

. al

inta

y e

ó á

que

tam

a R

de i

o, p

ra ,

públ

e esc

ata

tes

por

id a

*Ordenamiento de Alcalá, que es la primera de
libro, se entienda y practique en el testamento a
se llama nuncupativo, mandando que en el del*

menos cinco testigos», debe entenderse asistiendo Escribano, como se ordena por la anterior respecto al nuncupativo para el caso en que á su otorgamiento sólo asistan cinco testigos no vecinos, una vez que no había de dejar la citada ley de Toro más expuesto al fraude y al engaño, el testamento del ciego, y con menor solemnidad que el abierto, y que es patente que esta expresada ley se limitó á modificar la que le precede únicamente respecto al número de testigos que habrán de asistir al referido testamento del ciego con intervención de Escribano.»

De los Códigos extranjeros que se han ocupado de la testamentifacción del ciego, unos, como el de Colombia (art. 1.076), el de Chile (1.019) y el de Uruguay (760), siguen un sistema igual al de nuestro art. 698; otros, como el de Guatemala (art. 774), exigen que en el testamento del ciego debe intervenir un testigo más de los que se requieren para el testamento abierto. El Código de la República Argentina declara que el ciego puede testar por acto público (art. 3.652), pero sin señalar al efecto ninguna excepcionalidad, sino sometiendo aquél á las reglas ordinarias y comunes de dicha forma de testar.

Nuestro proyecto de 1882, en el artículo citado, como concordancia al pie del precepto que comentamos, autorizaba para suprimir la lectura segunda del testamento del ciego, si así éste lo indicaba.

II. *De la otorgación del testamento del ciego.*—Por lo que deducimos de nuestro art. 698, la única solemnidad de más que debe concurrir en el testamento del ciego es dicha segunda lectura, que practicará uno de los testigos que al efecto estén presentes ó una tercera persona que, como de confianza suya, elija el ciego, puesto que la lectura que ha de dar el Notario constituye requisito común á todos los testamentos abiertos y á todos los instrumentos notariales.

Ni en el art. 697 ni en el que examinamos se alude en lo más mínimo á las condiciones legales que deben reunir esas terceras personas que á instancias del testador deben leer por segunda vez el testamento, y no sobraría alguna indicación que acerca del particular se hubiera hecho. Nosotros creemos que, aun teniendo vínculos de interés y hasta de parentesco con el ciego ó el sordo, pueden sin tacha alguna desempeñar dicha misión, y hasta precisamente convendrá que reúnan esas circunstancias ú otras pare-

cción ó de amistad íntima para con dichos desgraciados. Lo que sí debe exigirse es que ni con los herederos ó legatarios nombrados en el testamento abierto ni aun con los testigos ó Notario mantengan esas terceras personas relaciones que hagan sospechosa la fidelidad al verificar esa lectura segunda, porque ésta, indudable es que tiende á confirmar y ratificar la que previamente practicó el Notario, para que ningún temor de confabulación entre testigos y aquél pueda por el más escrupuloso suponerse. Sin embargo, como los artículos 697 y 698 parecen dar amplias facultades al testador para que á su arbitrio designe esas personas, que han de merecer por completo su confianza, puede pasarse por lo que el ciego ó sordo resuelvan, siempre que no se pruebe que en esa designación han mediado maquinaciones insidiosas, dolosas ó de fuerza ó miedo.

El ciego, como es natural, lo mismo puede testar expresándose de palabra y recogiendo el Notario en la escritura sus declaraciones, que presentando la minuta, si sabe escribir, con arreglo á la cual ha de redactarse el testamento. Lo más probable será lo primero; pero también es verosímil y posible lo segundo. Y hasta creemos que es válido el testamento del ciego redactado en vista de minuta escrita por el sistema mediante el cual suelen manifestar sus pensamientos dichos desgraciados, ó sea valiéndose del punzón que va marcando puntos salientes en el papel, siempre que el Notario comprenda esos signos. Como el testamento ha de leerse después por el Notario y una segunda vez á continuación por otra persona, tanto el testador como los testigos tienen ocasión y tiempo para cerciorarse de si lo que aparece escrito y leído es efectivamente la verdadera disposición testamentaria del ciego. Conviene ampliar hasta términos prudentes las facilidades para que aquél pueda testar en forma abierta, porque ésta es la única manera en que el Código le permite otorgar su última voluntad.



¿Pueden los ciegos utilizar en la otorgación de su testamento las formas excepcionales establecidas por los artículos 700 y 701 para los casos de inminente peligro de muerte y tiempo de epidemia?—No es tan sencillo el problema como pudiera parecer, porque cuando la

ley, ó mejor dicho, el descuido del legisla-
puertas á la interpretación y ésta se nos o-
fases, la afirmativa y la negativa, es poli-
corrada, igualmente expuesta á controversia.

El tema de si los ciegos pueden testar
cepcionales sancionadas por los artículos
asistencia de Notario, pertenece á dicha es-

Dicen los que sostienen la solución pa-
el legislador no tuvo presente al redactar
la contingencia de que un ciego padier-
circunstancias extremas y angustiosas d-
tos, ó en tiempo de epidemia, pero que
no dictar declaración expreso prohibié-
que su intención fué autorizar á los cie-
gozar de los privilegios concedidos para
nales.

Y añaden los que defienden esta opinión
reglas que enuncian los artículos 694 á 6
generalidad con que están dictadas, á los
en tiempo de peste y de peligro inminente
dese en aquéllos que el testador exprese
tigos y al Notario, que éste dé fe de la de-
saber ó no poder firmar, que igualmente d-
de hallarse el testador, á su juicio, con ca-
tar, ninguno de estos requisitos sería p-
mencionadas formas privilegiadas, porqu-
dispensada la intervención del Notario, y
tículos 700 y 701 indiquen la manera ó la p-
el cumplimiento de esas formalidades.

Los que sostienen la tesis contraria se-
el art. 698 un carácter especial, limitado
ciegos, no es posible subordinar esta espe-
genéricos dictados para los que se hallen
facultades físicas é intelectuales, por la
leyes especiales derogan y condicionan la
concreto sobre el que aquéllas versen.

Aparte esta razón de hermenéutica, tan
alegada por los contrincantes, deducida
cómo prescindir de la asistencia del Notar-

legislador, y ha exigido el requisito
ento? ¿Es posible mermar solemnidad,
premio y atolondramiento, cuando
se aumentan, para asegurar me-
mento testamentario?
dencias, pretenden algunos salvar
requisito de la doble lectura en el
ago en inminente peligro de muerte
prescindiendo de la asistencia del

laderamente jurídica, resolvería el
problema, si no fuese una creación de la lógica, más no de
la ley.

Nuestra opinión se inclina resueltamente del lado de los que
defienden la negativa; pero volvemos á repetir: mientras una de-
claración legislativa ó un fallo del Tribunal Supremo no resuelvan
terminantemente la cuestión, hay argumentos poderosos para
sostener el pro y el contra, sin que tanto al mantener los unos
como al defender los contrarios, se incurra en error de bulto ó en
notoria herejía jurídica. Cuando el dogma no existe, no puede
haber herejes.

III. *Del testamento de los ciegos en las regiones aforadas.*—
En el Principado de Cataluña el ciego puede hacer testamento
abierto, conforme al Derecho romano, y, por tanto, han de auto-
rizarlo siete testigos, debiendo reducirse á escritura y ser leído al
testador para que manifieste antes de la suscripción si está con-
forme con su voluntad; los testigos pueden firmar unos por otros.
Esta doctrina aparece confirmada por la sentencia del Tribunal
Supremo de 21 de Mayo de 1845.

En Navarra dicho Tribunal tiene declarado que, siendo el
Fuero directamente supletorio de las leyes recopiladas, y conte-
niéndose en él disposiciones generales acerca de las personas que
pueden otorgar testamento, sin distinción de las circunstancias
en que puede hallarse el testador, por el principio de que «*Ubi
lex non distinguit nec nos distinguere debemus*», se impone en el tes-
tamento del ciego la observancia de dichas solemnidades gene-
rales, más la presencia del Notario y dos testigos.

En las demás provincias aforadas no existen formalidades
especiales respecto á la expresada clase de testamentos; y, por

tanto, será ésta regulada por las disposiciones del Código, á tenor de su art. 12, y con más razón en Aragón y en las Islas Baleares, según el art. 13.

ART. 699. Todas las formalidades expresadas en esta sección se practicarán en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero.

El Notario dará fe, al final del testamento, de haberse cumplido todas las dichas formalidades y de conocer al testador ó á los testigos de conocimiento en su caso.

Concordancias.—Análogo al art. 696 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. I, ley 3.ª*—Comunalmente deuen guardar como por regla los omes que quieren fazer sus testamentos, pues que los han començado ante los testigos que non metan entremedias otros fechos extraños, fasta que los ayan acabados. Fuera ende si lo ouiesen á fazer por cosa que non pudiessen escusar, assi como el dolor de la enfermedad, los cuytasse: en aquella sazón: o si ouiesen estonce grand menester de comer, o de beuer, o de venir á fazer otra cosa, que naturalmente non se pudiessen della escusar. Ca por qualquier destas razones, bien podria el fazedor del testamento partir mano de lo que auia començado, fasta que aquel embargo passasse, o de si tornarlo acabar.

COMENTARIO.—Aprobamos y encontramos sumamente oportuna la primera de las declaraciones que comprende el artículo anotado porque los pareceres disconformes de tratadistas y comentaristas, la forma poco preceptiva y terminante de la ley de Partida anotada en los *Precedentes legales* y la interpretación dada al contexto virtual de la famosa *ley única, tit. XIX del Ordenamiento de Alcalá*, daban motivo á dudas y hasta á suponer si el requisito de la

e así se denomina el problema comprendido en el art. 699, sería una de tantas antiguallas y romano, incompatible, no ya sólo con el orden que trajo á la vida el Novísimo Código civil, recedente, que declaró en vigor el legislador actual. De esa suerte se acallarán las diversas dudas; y, por lo menos, dentro del Derecho civil, la más pequeña duda de que la unidad de la forma del testamento abierto requisito tan imprescindible, se repare por más esencial, con tanto mayor el legislador destina un solo precepto á sanear corrigiendo de esa manera las vacilaciones ó de las legislaciones anteriores.

del art. 699 no tiene relación alguna inmediata con la primera, é ignoramos por qué no se separa.

Exigencia de que las distintas formalidades del testamento nuncupativo sean cumplidas en una sola interrupción que no merezca la consideración de irremediable, que ya las primeras disposiciones del derecho romano nos hablan de ella. Según se ve en las deliberaciones de los comicios y en las del Senado y de los Jueces. Las leyes romanas señalan la formalidad relativa al uso de la forma que debemos al jurisconsulto Ulpiano por el Derecho civil, al refundirse en la diversa modos de testar que hasta entonces existían. Los dice á este propósito que la solemnidad de las diversas formalidades de que se componía el acto, se hiciese en una sola vez, sin que pudiesen interrumpirse. Acto extraño, exceptuándose únicamente las necesidades corporales, ó lo que exigiese la necesidad. Y otro autor español añade que la intervención de los comicios, bien fuese por no ser favorables los votos de un tribuno de la plebe, ó por invalidaba los actos que le habían precedido, el acto civil de la mancipación tampoco lo era.

muchas sutilezas ó en sentido formalista

el requisito de la unidad de acto. La seriedad del momento en que el testador va á resolver solemnemente todo aquello que quiere se haga después de su muerte, exige que entonces no se intercalen asuntos ajenos al que en esos instantes debe ser objeto único y preferente de la atención de testador, testigos y Notario, cuando éste intervenga. Además, podría dudarse de la espontaneidad y libertad del primero, si á cada momento fuera admitido el interrumpirse la confección del testamento, de cuya circunstancia pudieran asimismo aprovecharse los que, en vista de las parciales manifestaciones del disponente, trataran de ejercer influencia indebida, para su provecho ó para el de terceras personas, sobre aquél.

La conciliación de los artículos 699 y 696 ofrecía algunas dificultades en la práctica; porque si el testador podía redactar á solas su última voluntad y entregarla más tarde, cuando quisiera, al Notario, para que este la redujera á escritura pública y fuese debidamente aprobada en presencia de los testigos, parecía que el testamento no se había otorgado con el requisito sustancial de la unidad de acto.

El Tribunal Supremo, sin embargo, en muy reciente sentencia, ya citada al comentar el at. 696, ha procurado armonizar esas dos prescripciones, sin desa'ender, por un lado, las mayores facilidades que al testador deben otorgarse al manifestar sus últimos pensamientos en orden á la herencia ni prescindir de las exigencias que lleva consigo la formalidad de la unidad de acto. D. Juan Francisco Bustamante, en el *Discurso de solemne apertura de Tribunales*, dice: «Queriendo interpretar los artículos 694, 695 y siguientes, se sostenía la doctrina de que para la redacción completa de un testamento con todas sus cláusulas era preciso que se llevase á efecto en un solo acto ante el Notario autorizante y los testigos, rechazando la validez de aquellos cuya redacción se hubiera verificado con anterioridad por el testador, á fin de que sirviera de pauta al Notario para la confección de su última voluntad; pero como ningún artículo del Código prohíbe la diligencia previa de que va hecho mérito, por cuya razón en la práctica viene haciéndose de esta manera por la mayor parte de las personas que han otorgado sus testamentos, hubiera podido resultar la nulidad de los mismos, según que dicha petición hubiera sido resuelta en una ú ctra forma.»

unidad de acto, según la
otado el testamento con
anifieste su conformidad
rio dé lectura de la dis-
ha establecido jurispru-
e un detenido estudio y
con la mayor ilustración
ogados en la defensa res-

ontramos una parecida
ación de escribir ó dictar
a en las solemnidades,
ón del testamento á los

material y literalmente
ne por el pronto aflija al
ente para desvirtuar ese
testamento. Esto aprin,
na Roma, como hemos
l cita el *«accidente pasa-*
los distintos casos que,
lor Justiniano en una de
, *tit. XXIII, libro VI del*
da frase creemos que no
ilador, ni tampoco prevé
n que habrían de consi-
que se refiere la primera
dente sea pasajero, en
mente de la realidad de
vitar. Se opondría á la
miento de un contrato
unque esto se llevara á

cabo en breves momentos y continuara después la confección del
instrumento testamentario. Este es, al menos, el sentido que los
jurisconsultos romanos daban á la formalidad *«uno contextus»*.

La ley de Partidas anotada explica también con mayor exac-
titud la excepción á que nos referimos, al aludir *«á cualquier otra
cosa que naturalmente no se pudiesen della excusar»*. Ya compren-
demos que no debe extremarse el alcance del calificativo *«pasa-*

jero», que acompaña á la palabra «*accidente*»; pero nadie pondrá en duda que si alguna razón de ser tiene la disposición que comentamos, si ha de aplicarse, por tanto, forzosamente, si en alguna ocasión ha de llevarse á la práctica, nunca mejor que en el caso supuesto por el ejemplo presentado, porque, á pesar de lo pasajero que fuesen los momentos que comprendiera, nadie creemos que los haría compatibles con la validez del testamento. De suerte que, ó ha de respetarse alguna vez el párrafo primero del art. 699, considerándolo como último y obligatorio extremo, *dura lex sed lex*, ó, de lo contrario, habrá que infringirlo abiertamente para todos los casos en que la interrupción del acto no sea de escandalosas proporciones, lo cual no permite el Código.

La ley de Enjuiciamiento civil, en el núm. 2.º de su art. 1.853 exige, como uno de los requisitos para que el Juez declare testamento otorgado de palabra lo que resulte de las declaraciones testificales prestadas en el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria, que los testigos y el Notario, en su caso, hayan oído simultáneamente de boca del testador todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última voluntad, bien lo manifestare de palabra, bien leyendo ó dando á leer alguna nota ó Memoria en que se contuviese.

Respecto á la segunda parte del art. 699, estarán muy en lo cierto el jurisconsulto francés Rogron, el portugués Ferreira, los italianos Vittore Vitali y Grondona y algunos otros que se ocupan de la materia; concordarán sus opiniones con la que nosotros mantenemos sobre el particular; pero igualmente creemos que dentro de los términos categóricos del expresado precepto, no es posible admitir otra teoría que la de que al Notario le basta dar fe de que se han cumplido en el testamento todas y cada una de las solemnidades mencionadas en la presente Sección, sin otras excepciones que las que ya especialmente se prevén en alguno de los artículos que constituyen aquélla. Creen dichos tratadistas y otros que han escrito detenidamente sobre la que llaman «*mención de las formalidades en el testamento*», que el no dar fe de cada una de éstas en particular, da lugar á la sospecha de si realmente se han observado tal cual las leyes civiles exigen.

Si el Código español contuviera frase análoga en significación á la del art. 972 del Código francés («*se hará de todo mención expresa*»), podría autorizarse una interpretación más en consonan-

cia con los principios que aseguran mejor la integridad y autenticidad de las últimas voluntades. Pero el legislador español, para evitar dudas y discusiones, no sólo habla de que el Notario dará fe *al final del testamento*, sino que emplea el término universal de *todas* las dichas formalidades, á fin de significar que no es preciso dar fe del cumplimiento de cada una en particular. El hecho de que ese extremo ha de cumplirse en el final del documento testamentario, arguye que no ha de aparecer repetido en cada una de las partes ó cláusulas del mismo.

Hay, sí, algunas solemnidades respecto á las cuales ya el Código ordena que de su cumplimiento se dé fe especialmente. Así, el art. 695 dispone que si el testador declara que no sabe ó no puede firmar, lo hará por él y á su ruego, uno de los testigos instrumentales ú otra persona, *dando fe de ello el Notario*; lo que también se hará cuando alguno de los testigos no sepa ó no pueda firmar. Asimismo, y según el propio artículo, el Notario dará fe especialmente de que, *á su juicio*, el testador tiene la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento (1). Estos extremos no pueden ir englobados ni virtualmente comprendidos en la frase á que venimos rediriéndonos, en la que asegura el Notario que se han observado todas las formalidades prescritas por el Código para el testamento abierto.

En cuanto á tales particulares, no puede caber duda alguna

(1) Con respecto á este particular procede tener en cuenta la sentencia de 6 de Abril de 1896, recientemente publicada en la *Gaceta*, y de la cual no hemos podido dar cuenta en su lugar oportuno porque cuando se publicó dicha sentencia ya estaba impreso el comentario del art. 695.

Tratábase de un testamento en cuyo encabezamiento se decía literalmente: «Yo D..... hijo legítimo de..... y de....., consortes difuntos, natural y vecino de esta villa, de treinta y ocho años, casado, fotógrafo, hallándome enfermo, pero en el completo y cabal ejercicio de mis facultades intelectuales y habla expedita, *según parece al Notario y testigos infrascritos*..... etc.

Pretendióse la nulidad de ese testamento, entre otras razones, por la infracción del art. 695 del Código civil, á cuyo tenor, el Notario debe afirmar en los testamentos á su *propio juicio* la capacidad del testador.

El Tribunal Supremo, resolviendo el recurso de casación, declaró que aun cuando el Notario debe hacer constar que á su juicio se halla el testador con la capacidad necesaria, el defecto ó la obs-

de que es preciso mencionarlos separadamente y en el lugar del testamento en que corresponda aplicarlos.

Mas hay otras circunstancias, también esenciales é ineludibles, cuya observancia, al parecer, no exige que del cumplimiento de cada una de ellas se dé fe en particular. Tales son, por ejemplo, la idoneidad de los testigos que intervengan en el testamento, los cuales han de ver y entender al testador; la relativa á que éste expresó su última voluntad, ya oralmente ó ya por medio de minuta, leída al Notario y á los testigos; la de que dicho funcionario leyó siempre el testamento á unos y á otros, mostrando la conformidad el disponente; la de que han estado presentes á un mismo tiempo á la lectura Notario y testigos, y no unos y otros sucesivamente; etc. Y como el art. 699 pide sólo que se diga genéricamente *« doy fe de haberse cumplido todas las formalidades previstas en el Código »*, el Notario cumplirá con atenerse á la literalidad del referido precepto, holgando toda otra eficiencia. No diremos nosotros que resultaría ilegal, ó envolvería la nulidad del acto, el que el Notario fuera dando fe del cumplimiento de la respectiva formalidad en cada cláusula que hiciera referencia á aquellas; y así, en efecto, se hace en muchos testamentos; pero lo que sí creemos, con sujeción á lo que claramente se desprende de la disposición que comentamos, es que el Notario que siga el anterior procedimiento ó sistema, empleando las mismas palabras del Código, cumple fielmente éste, y no puede afectarle responsabilidad de ningún género. Existen ciertos requisitos que aparecen cumplidos del mismo escrito testamentario, y, por tanto, no necesitan que se dé de ellos fe alguna. El número de testigos, la designación del año, mes, día y hora del otorgamiento del testa-

curidad en la expresión de este requisito no arguye la nulidad del testamento, tanto porque la ley no exige que aquella importante manifestación se haga en párrafo especial y con las palabras precisas é insustituibles *á su juicio*, cuanto porque con relación directa al caso controvertido, la locución *á su juicio* equivale á la *en su opinión, á su parecer, en su sentir* que se consigna, siquiera sea como inciso, en la primera parte del testamento, al decir literalmente que al Notario y testigos *parecía* que el testador tenía la integridad de sus facultades intelectuales y la capacidad legal necesaria.

Respira esta sentencia un espíritu tan tolerante y justiciero, y, sobre todo, tan acomodado á la realidad de la vida, que no podemos menos de elogiarla, ajustándonos á una estricta imparcialidad.

sus cosas lo que quisiere. E si despues combr quanto mandaron non deve valer, fueras end naren en enfermedat, é lo otorgaren de cabo complidos XIII años...

Novísima Recopilación, lib. X, tit. XVIII hiciere sin Escribano público, que sean ahí á tigos, vecinos, segun dicho es, si fuere lugi haber; y sino pudieren ser habidos cinco test el dicho lugar, á lo menos sean presentes tre tal lugar...

COMENTARIO.—Suelen otorgarse los tests un peligro de muerte, cuando la edad avanza de que el fin de la vida se halla más cercano la enfermedad que aqueja al paciente ó la claudales en su salud, hacen concebir la sospechidad para disponer el testador debidamente ser materia de transmisión hereditaria. El t en consideración á la muerte, y por regla piensa cuando vemos aproximarse el momen de nuestra naturaleza perecedera, debemos nuestras cuentas para con Dios y para con l dejaremos de pertenecer y con la que necesita solventados. Pero no es al testamento que se cunstancias al que se refiere el art. 700.

El peligro en que el testador se halla par excepcionalidad con que le brinda el legislad amenazador, inminente, como dice el Códig envueltos consigo temores de quizá muy realidad. Dicho legislador ha escogido, con l más expresiva y más adecuada para signi venimos refiriéndonos. Por esto puede decir *minente* del art. 700 es el que le da carácte mente en cada caso litigioso concreto origi ciones de importancia.

El conocimiento de la práctica de Tribun lo que ocurre en localidades de reducido veci cular, nos autoriza para dar la voz de alerta, funcionarios del orden judicial en sus primer

protocolización y elevación á lamentos que estudiamos en el hecho de que tratándose de un caso de peligro inminente, en esas localidades donde se carece de Notario, los testadores, á veces el mismo testador, ó cinco testigos que pide el art. 700 del Código que establecen el caso de peligro inminente de muerte, ó los que juzgan equivocadamente que el funcionario no adopta la forma excepcional de otorgamiento, consideran quizá que con esto se ajusta á los preceptos legales que tienen mira de garantizar la autenticidad de la sucesión, se respeten los testadores y de los que son testigos, llegado el momento de otorgar las manifestaciones que se requieren para ese efecto como moribundo, y que luego se les presenta á

fin de que lo reconozcan, aun sin guiarles propósito mal intencionado de faltar al juramento que prestan, declaran, en efecto, que el testador se hallaba en peligro inminente de muerte, no comprendiendo muchas veces el significado exacto de esos términos ni la tendencia ó fin á que en el Derecho positivo responden, ó no habiendo quien les explique, con frases comprensibles y más vulgares, lo que se quiere indicar con esa frase «peligro inminente», para cerciorarse de si el testador se encontraba en dicho caso.

A los rústicos labriegos les saldrán á veces sus cuentas muy mal calculadas, porque si en evitación de los mayores gastos que ha de significar la venida del Notario para el otorgamiento del testamento en forma más solemne, acuden al beneficio que les proporciona con excesiva tolerancia el art. 700, en su día se pagarán, y quizá con multiplicados intereses, esos menores desembolsos que, por de pronto, es lo único que les preocupa y aguza sus hábitos de economía. Si no es el Notario quien reclama el

justo pago de sus derechos, será el Escribano y demás partícipes en costas quienes exijan á los herederos los honorarios, también sujetos á Arancel, por la intervención en las diligencias del expediente de protocolización respectivo; porque ya veremos que dicho testamento excepcional equivale á un papel en blanco si no se eleva á escritura pública en la forma ya prevenida por la ley de Enjuiciamiento civil.

A esas mismas gentes indostas deben advertirles sus superiores en ilustración, como acto de conciencia y caridad, que la resistencia del Notario á intervenir en todos aquellos actos para los cuales sea debidamente requerido, es ilegal y abiertamente contraria á la índole de su profesión, siempre que se trate de utilizar sus servicios dentro del mismo distrito en que la ejerza. Dice, con expresión terminante, el art. 2.º de la ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862, que el Notario que, requerido para dar fe de cualquier acto público ó particular extrajudicial, negase sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad á que hubiere lugar con arreglo á las leyes.

Y á los Jueces de primera instancia nunca insistiremos bastante en recomendarles extraordinario celo y cautela para precaverse contra esos, la mayor parte de las veces, amañados testamentos de última hora que, bajo la fe de cinco infelices y rudos aldeanos, preparan ciertos muñidores de últimas voluntades, fingiendo estados desesperados en la enfermedad del paciente, cuando éste podía entonces dictar sus postreras disposiciones con mayores tranquilidad y solemnidades, sobre todo, bajo la más exacta garantía que proporciona la intervención del Notario, del cual se prescindía hasta cuando se halla domiciliado en las proximidades de la residencia del testador.

Las preguntas del Juzgado deben tender, principalmente, en el día oportuno, á aclarar el verdadero estado de salud del testador, y si hacía temer un próximo y fatal desenlace: Como dice el artículo 1.035 del Código chileno, ha de justificarse que no había modo ó tiempo de otorgar testamento solemne. La restricción del artículo 703 de nuestro Código no evita, en muchos casos, los inconvenientes que venimos señalando.

En realidad, no hay en nuestro Derecho más precedente concreto del testamento excepcional que estudiamos, que el que refiere la ley del Fuero Juzgo en otada en los *Precedentes legales* con

... años. En el Derecho romano las modalidades de testamentos, y, por tanto, aplicables a la vida, por urgentes y tales podían comprenderse

... donde trae su origen nuestro testamento en peligro inminente de accidente repentino, que podrá otorgarlo ante tres testigos, ó ante dos, de 1882 disponía que era el Juez municipal ó el Cura párrocos solamente, siempre

... contrario hemos dicho, estas son las condiciones de este último proyecto es: la voluntad y seriedad en el acto del

testamento no supone la intervención de un representante de la Autoridad, aunque lo sea en un grado inferior, ó del encargado del cuidado de las almas, que la presencia de cinco testigos, expuestos quizá, por su ignorancia ó excesiva buena fe, á todas las sugestiones del engaño y á originar las graves consecuencias que en ocasiones puede producir el desconocimiento del Derecho positivo, aun con referencia á las solemnidades de índole diversa que deben mediar en el testamento de menores requisitos!

Porque esos testigos han de dar fe (y no deje de tomarse esto en cuenta, aunque el art. 700 nada diga, cuando lo supone sobrentendido) de que el moribundo se halla, á juicio de ellos, con la capacidad legal necesaria para testar; han de certificar el motivo por qué el testador deja de firmar, no sabiendo ó no pudiendo; han de tener presente el conocimiento del testador, haciéndolo especialmente constar y exigiendo subsidiariamente la presentación de dos testigos de conocimiento que suplan dicha falta; han de redactar, cuando proceda, el testamento, según la manifestación hablada del paciente, muchas veces confusa, compleja, escasamente inteligible; han de fijarse en que la unidad de acto, aun en esta clase de testamentos, es requisito *sine qua non*, y cuya inobservancia trae consigo aparejada la nulidad de lo hecho, aunque

las demás formalidades se hubieren cumplido han de acreditar tales testigos, en materia de tamentarias, una ilustración ó conocimiento de mejante á la de un funcionario notarial, con sinceridad además justificada en certámenes pú-

Y aunque forme una de las primeras disposiciones civiles el principio de que la ignorancia de las leyes, el cumplimiento, la lógica que impone la invalidez convence de la imposibilidad de que todos esos tenerlos en cuenta y cumplir en forma legal, y aproximado, gentes completamente indoctas gran mayoría de los pobladores de las aldeas, manos del muñidor, á que anteriormente no cuando tal personaje exista, y aun suponiendo ó sea que le adornen prendas morales de buen espíritu recto.

¿No es más verosímil presumir que la relación que puede exigirse en las villas y poblado, han de poseerla, por regla general lógico maestro, el representante de la Autoridad, sobre todo, el más á propósito para contener y é inmoraes maquinaciones contra la voluntad cuando personas desaprensivas quieran hacer sus caprichos y reprobadas malas artes? Es innecesario que el sacerdote le conviene estar alejado de todo lo que sea extraño á su divino ministerio; porque el mismo legislador español, al crear ó modificar servicios administrativos de indudable importancia y que extienden sus últimas ramificaciones hasta la más apartada villa, da á entender que juzga imprescindible y valiosa esa cooperación, cuando le encomienda cargos ó representaciones que para nada se relacionan con el cuidado espiritual de las almas.

El proyecto de 1882 ponía además condiciones para el testamento otorgado por el que, en virtud de enfermedad grave ó de otra causa, se hallare en peligro de morir sin testamento, es á saber: Las de que dicha persona residiese en despoblado y no existiere Notario en la localidad, habiendo de escribir entonces la última disposición el Juez municipal, el cura ó uno de los cinco testigos. También ese proyecto permitía testar en la misma forma ante cinco testigos idóneos, sin que concurrieran los expresados

no), Ortolan (*Instituciones de Justiniano*) y Vittore Vitali (*Del testamento privilegiato*), convienen en que el origen de esa forma de testar se encuentra en una Constitución de los Emperadores Diocleciano y Maximiniano, según la cual, tratándose de lugares donde dominara la epidemia, se admitía que el testador pudiese declarar la propia voluntad sucesivamente á los testigos, sin que fuera preciso que éstos se encontrasen juntos; prescindíéndose, pues, de la unidad de acto: *«Casus maioris ac novi contingentis ratione, adversus timorem contagionis, quas testes deterret, licet qualibet de iure relaxatam est; non tamen prorsus reliquas testamentorum solemnitas perempta est. Testes, enim, huiusmodi morbo oppressos et tempore iungi atque associari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est.»* Por esto los eminentes referidos romanistas interpretan esta Constitución en el sentido de que dispensaba, no de la convocación y número de los testigos, sino de la necesidad de acercarlos al testador, de llamar siete testigos á la vez.

En el comentario anterior ya hicimos ver que la legislación patria antigua modeló formas de testar excepcionales con menor número de solemnidades, pero para todos los casos en que voluntariamente se quisiera hacer uso de ellas, sin necesidad de que concurrieran las contingencias que hoy concretamente se prevén. Por esto no se encuentran disposiciones que regulen el testamento otorgado en inminente peligro de muerte y de epidemia ó contagio.

El proyecto de 1851 sometió la última de estas formas de testar á la misma regla que el testamento hecho en peligro inminente de muerte. El proyecto de 1882 estatuyó, en nuestra opinión con plausible acierto, lo referente al particular, ordenando que en las poblaciones ó sitios incomunicados por razón de epidemia ó de otra calamidad pública, aunque el testador no se hallare enfermo, pudiera otorgarse testamento ante Notario y dos testigos idóneos, y á falta de Notario, sin necesidad de justificarlo, ante el Juez municipal ó el cura de la parroquia y los mismos dos testigos, ó ante los testigos idóneos, sin estos funcionarios.

En 31 de Agosto de 1885 se dio por el Ministerio de Gracia y Justicia una Real orden que, aunque propia de las circunstancias sanitarias de entonces, fué respetada después para casos análogos. Entre sus principales disposiciones hallamos, como

la redacción, clara, previsor y completa del art. 698 del proyecto de 1882, que ya hemos transcrito, á la del precepto citado del Código civil!

La primera frase, «*en caso de epidemia*», ha dado margen á que se dude si el testamento privilegiado á que venimos refiriéndonos puede otorgarlo solamente el atacado por la epidemia, ó también cualquiera que se halle en el lugar infestado. Los escrúpulos en cuanto al particular nos han parecido demasiado nimios: Dispénsennos los tratadistas Sres. Alcubilla y D. Jesús Firmat Cabrero, Notario de Zamora, autor éste de un folleto muy práctico denominado *Estudios sobre el Código civil*, si juzgamos, por tanto, casi inútiles sus observaciones sobre el particular. El propósito del legislador está perfectamente determinado al incluir entre las formas privilegiadas de testar la que estudiamos, con el fin de poner remedio oportuno y facilitar el ejercicio de la facultad de testar en poblaciones ó territorios en que las bajas producidas por la enfermedad contagiosa, el sobresalto y temor que en el ánimo de todos produce aquélla y la atención y concurso que han de prestar los sanos á los que han sido víctimas de la epidemia, alteran, sin duda alguna, y trastornan las circunstancias normales de la vida social. De modo que el Derecho ha acudido en favor de todos aquellos que sufren en un orden ó en otro las consecuencias del mal reinante; ya realmente estén bajo el imperio del contagio, ya se encuentren por el pronto libres de él. Y así se comprende porque además, si el artículo se refiriese solamente á los primeros, holgaría, por cuanto el atacado de una epidemia, sobre todo, de las de caracteres más graves, mientras no entre en el período de clara convalecencia, bien puede decirse que se halla en peligro inminente de muerte; y para este caso ya tiene el Código establecida una forma privilegiada, no siendo tan precisa otra para los epidemiados de menor gravedad. Es innecesario acudir, por tanto, como hace el Sr. Firmat y Cabrero, al *Diccionario de la Lengua castellana*, para lograr el significado propio de la palabra «*caso*»; aquí no se trata ni se alude en lo más mínimo á casos individuales de contagio, porque si no se daría otro giro á la redacción del art. 701, refiriéndolo á la persona ó personas que se encontraran atacadas de la enfermedad reinante. La locución «*en caso de epidemia*» equivale, sin duda alguna, á la de «*en tiempo de epidemia*».

o artícu
 ainos co
 2, el cua
 cados po
 estador n
 producid
 , cuando
 de uno d

de testa
 7), Guate

mela (786), Méjico (3.804, núm. 2.º), Uruguay (773, párrafo 2.º) República Argentina (3.689), y de Francia (985). El art. 986 de este último declara terminantemente que los testamentos hechos en un lugar con el cual está interceptada toda comunicación causa de la peste ó de otra enfermedad contagiosa, podrán otorgarse tanto por los que están ya contagiados, como por los que se encuentren en los sitios infestados, aunque no estuviesen actualmente enfermos.

¿Cuándo podrá decirse que existe ó se halla determinada la epidemia para los efectos del art. 701? ¿Se necesitará declaración oficial, hecha por la Dirección general de Sanidad ó el Ministerio de la Gobernación? En uno y otro caso, ¿la existencia de epidemia en una provincia ó pueblo afecta en algo á los colindantes ó al resto de la Nación para los efectos á que venimos refiriéndonos? Todas estas cuestiones y algunas otras más de que trataremos, deja de resolver por completo la disposición que comentamos, ni siquiera de sus términos podemos vislumbrar la solución más adecuada.

Respecto al primer punto, ni aun en los precedentes del Derecho español encontramos horizonte alguno por donde poder orientarnos para indagar el propósito del legislador. El Código italiano, en el artículo anteriormente citado, se refiere á enfermedad *reputada* contagiosa; y hasta conocemos un fallo del Tribunal de Turín de 27 de Junio de 1870, según el cual, cuando exista una enfermedad posible de propagarse y de conducir prontamente á la muerte, es inútil indagar la mayor ó menor extensión del peligro del contagio. Los jurisconsultos italianos Borsari (*Successione* artículo 787, § 1.706) y Losana (*Successione testamentaria*) creen

que existe la enfermedad dominante cuando la hay en una zona del país, en la cual, la alarma, el espanto y la fuga de los habitantes son producidas por el estrago y la muerte. Otros tratadistas, por el contrario, como Mattei y Pacifici-Mazzoni, amplían la procedencia del testamento especial de que tratamos al caso en que exista una sola invasión del cólera morbo, aunque sea aislada.

Las declaraciones de epidemia en nuestro país, con arreglo á la legislación vigente de Sanidad, se hacen solamente para los efectos administrativos é higiénicos, sin que, al menos hasta ahora, se hayan subordinado á ellos los preceptos del Derecho civil, y más en el caso concreto que examinamos.

El legislador parece que ha tratado de huir en el art. 701 de toda declaración sobre el particular, comprendiendo quizá los inconvenientes que se originarían de hacer depender el ejercicio del derecho de testar de la publicación de una Real orden ó Real decreto, declarando oficialmente la existencia de determinada epidemia en todo el país ó parte de él, cuando estas medidas se acuerdan muchas veces tardíamente ó con sujeción á ciertos requisitos, que pudieron muy bien no haberse observado en un lugar apartado en que, sin embargo, se presentara con carácter apremiante la necesidad de acogerse al beneficio ó privilegio testamentario introducido en favor de los enfermos epidémicos, ó de los que, por causa de éstos, se encuentran sin los medios y recursos de las circunstancias normales. Puede suceder que en una aldea ó poblado de no muy numeroso vecindario, exista una terrible invasión epidémica de viruela, de lepra, de fiebres palúdicas, etc., que imposibilite á los vecinos para otorgar testamento abierto, según los artículos 694 á 696 del Código civil, y, sin embargo, el Gobierno central ó sus Delegados en provincias, por la esperanza de que dicha epidemia no se propague á los lugares próximos, ó por otros motivos, no hagan la declaración de tal epidemia. ¿No sería entonces irracional é injusto el negar á esos desgraciados vecinos la facultad de testar con arreglo á la disposición que estudiamos, por no haber precedido una formalidad administrativa del carácter de la indicada? Indudablemente que sí.

Déjese, pues, al criterio jurídico de los Tribunales, siempre que se impugne el testamento que se dice otorgado en tiempo de epidemia, el apreciar si el lugar del otorgamiento estaba verdaderamente comprendido en punto donde el contagio de las enferme-

guno de duda; y si aquéllas
estado de epidémicas, pra-
fírmase como más inexacto
os y perjudiciales conse-

que los beneficios de dicha
rán sólo á la región ó punto
mente exista, á no ser que,
la, sea imposible encontrar
idóneos, por hallarse las
normales forzosamente ten-
de prestar los debidos testi-
ma epidemia, habiendo de
remos. Esta última conclu-
ble indudablemente con el
se encuentra en el referido
las formalidades á que en
emente obligado, bajo pena

de nulidad de lo hecho.

Los testigos que intervienen en tiempo de epidemia no pueden en realidad llamarse idóneos, porque no reúnen todas las condiciones requeridas por los artículos 681 y 682. El 701 marca claramente las excepciones con relación á los números 1.º y 2.º del 681, y permite testificar á los menores de edad, con tal que excedan de los diez y seis años, y á las mujeres. Pero esto no significa que sean indiferentes las demás condiciones exigidas, tales como la vecindad, la vista, el oído, la sanidad de la mente, la de entender el idioma del testador y la de no haber sido condenados tales testigos por delitos de falsificación, de falso testimonio y por aquellos que llevan consigo la pena de interdicción civil.

La tolerancia del art. 701 no puede llevarse á mayores extremos que los que indica; no siendo posible admitir lo que algún tratadista da á entender al considerar excusables los demás requisitos de carácter general, porque, de lo contrario, desaparecería toda garantía y quedaría reducido á la más mínima expresión y á un acto de muy escasas formalidades el testamento excepcional que se hiciera dominando enfermedades contagiosas. Conviene mantener cierta intransigencia sobre el particular, in-

terpretando restringidamente el art. 701 según su tenor literal y el espíritu que le inspira.

Algunos autores proponen la cuestión de si sería válido un testamento otorgado en las expresadas circunstancias ante Notario y dos testigos. A nosotros no nos cabe la más ligera duda en resolverla afirmativamente. El Notario bien equivale al tercer testigo, y si se reduce la última disposición á escritura pública, mucho mejor; porque el art. 701, aunque prescinde de la intervención de Notario, da á entender esto para cuando no sea posible lograrla, y el testamento que se otorgara por ante Notario y tres testigos, aunque perfectamente eficaz, revestiría alguna formalidad más de las que exige el citado precepto. Si el Notario no interviniera entonces como tal, sino como testigo, habría de reunir las cualidades físicas y morales requeridas por el mencionado art. 681.

Por lo demás, han de concurrir todas las restantes solemnidades á que se refieren los artículos 695 y 696, ya haciendo consignar su cumplimiento en el documento que se extienda, si la última voluntad se reduce á escrito, ó teniéndolas presentes en su memoria los testigos, si aquélla se manifestó simplemente de palabra, para acreditarlas en el día oportuno y asegurar haberse realizado, al declarar en el expediente de jurisdicción voluntaria, complemento indispensable de la declaración hecha por el testador en su enfermedad.

El requisito de la unidad de acto no aparece tampoco exceptuado, y por tanto, debe asimismo escrupulosamente respetarse en la forma privilegiada de testar de que tratamos.

Ya veremos en comentarios sucesivos cómo se exigen otros requisitos para los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia.

En el Derecho foral, sólo la legislación catalana menciona al último de aquéllos, dispensándole, como las leyes romanas, de la formalidad del *uno contextu*.

ART. 702. En los casos de los dos artículos anteriores, se escribirá el testamento, siendo posible; no siéndolo, el testamento valdrá aunque los testigos no sepan escribir.

e que iuren antel iuez fasta VI meses aquello que es contenido en la manda. E que aquel iuramiento sea confirmado por su mano dellos mismos e de otras testimonias...

ART. 704. Los testamentos otorgados sin la autorización del Notario serán ineficaces si no se elevan á escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

Concordancias.—Análogo á los artículos 597 y 598 del proyecto de 1851, é igual al 701 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.— *Partida 6.^a, tit. II, ley 4.^a*— Ante testigos paladinamente seyendo fecho el testamento, o sin escritura, si alguno de aquellos a quien fué algo mandado en el, pidiesse al juez que fiziessè venir ante si los testigos, e rescibiesse los dichos dellos en escrito, en la manera quel testamento fuera ordenado ante ellos, deue el juez fazerlo assi, e desque los testigos fueren venidos ante el, deuelos fazer jurar que digan verdad: e de si deue fazer escreuir lo que dixerén. E vale tanto el escrito que fué fecho desta guisa, de los dichos de los testigos: como el testamento que es fecho en escrito. E maguer que muriessen los testigos todos ó alguno dellos, despues que esto ouiessen fecho, valdria el dicho e la escritura dellos, bien assi como si fuesse testamento acabado, seyendo las personas de los testigos atales, que non los pueden desechar.

COMENTARIO DE LOS ARTICULOS 702, 703 Y 704.— *Razón del plan.*—Agrupamos en un solo comentario los tres artículos anotados, porque los dos primeros consignan solemnidades comunes á los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia, y el tercero ya diremos qué clase de relación puede guardar con los anteriores.

I. Sobre la redacción por escrito de los testamentos hechos sin intervención de Notario en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia.—Hemos observado en otra parte que el testamento nuncupativo, hoy llamado abierto ó público, debe siempre, por regla

motivos pueden consistir, y ser estimados como suficientes para el objeto que nos ocupa v. gr., en no hallarse, recado de escribir en casa del paciente y no ser fácil hallarle en punto próximo; el ser tan grave el estado del enfermo, que impida toda dilación, á trueque de morir intestado; el no haber testigo, entre los concurrentes, que sepa escribir y hacer, por tanto, los oficios de Notario, y otros casos análogos. Claro es que se procurará, con referencia al último supuesto, encontrar testigo ó testigos que sepan leer ó escribir, uno, por lo menos, como ordena el párrafo primero del artículo 694, porque sólo en el caso de que fuera de todo punto imposible cumplir este extremo, sería eficaz el testamento manifestado oralmente. También puede intervenir una tercera persona, extraña á los testigos, que escriba lo que el testador exprese, firmando éste ó aquélla por él y por los testigos que no sepan ó no puedan.

Como lo escrito no representa después de todo más que una cédula ó apunte que ayudará á refrescar en su día á los testigos, la memoria de lo ocurrido en la cámara del enfermo ó en el lugar en que expresó sus últimos pensamientos en orden á la herencia, el que se hallare, aun sano, en punto infestado de epidemia, parece que ha de ser indiferente el que dicha cédula esté suscrita por el testador y testigos, aunque convendría que esto ocurriera siempre que fuera posible, para mayor garantía de dicha clase de testamentos privilegiados. Por esto dice el art. 1.945 de la ley procesal civil que si, al otorgar el testamento de palabra, se hubiera tomado nota ó apunte de las disposiciones del testador, se presentará con la solicitud dicha nota ó Memoria.

El proyecto de 1882, con alguna mayor claridad que nuestro artículo 702, disponía respecto á los testigos, no ser necesario que éstos supiesen escribir cuando no pudieren ser habidos con esta circunstancia, añadiendo, en cuanto al otro extremo de que acabamos de tratar, que «tampoco sería necesario redactar por escrito el testamento y leerle el testador cuando no lo permitiese la urgencia del caso; pero se escribirá lo antes posible si interviene Juez municipal, Cura ó Notario ó sabe hacerlo alguno de los testigos, expresando la causa de la urgencia».

Si se escribe el testamento, han de observarse todas las solemnidades esenciales; como el dar fe de que el testador, aun encontrándose en grave peligro de muerte ó atacado de la epidemia

SUCESIONES

ejercicio de sus facultades en leídas al testador, por lo que la unidad de acto y de las diversas incidencias, tal como la de que tiene el mismo testador.

Entonces y en los dos casos que proceden puede afirmarse que quedan señalados los requisitos que han de concurrir en los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia con relación al tiempo de su otorgación, propiamente dicha, y en cuyo tiempo aún vive el testador. No queda con ellos resuelta su eficacia porque las formalidades que indispensablemente han de mediar una vez fallecido aquél, son tan esenciales como las que ya he explicado.

* * *

Validez temporal de los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia.—Los expresados testamentos son letra muerta si no reciben su confirmación de la autoridad judicial, que los aprobará si, por las pruebas practicadas, los encuentra en un todo arreglados á Derecho, ordenando que se protocolicen, para que entonces aparezcan ya definitivamente extendidos en escritura pública. Pero el recurso de acudir á dicho requisito tampoco en ocasiones resuelve nada, porque, según artículo 703, no procede, y, por lo tanto, queda sin efecto ni valga ninguno el testamento, ya se haya otorgado oralmente ó ya escrito, si transcurren tres meses desde el fallecimiento del autor ó dos á contar del momento en que hayan cesado las circunstancias anormales que justificaron la creación de esas formas privilegiadas de testar, sin solicitar la referida elevación á escritura pública y protocolización. De suerte que, manifestada la última voluntad, lo primero que conviene acreditar y aclarar después de muerto su autor, es la exigencia del art. 703 del Código, en sus dos importantes extremos. Y con este objeto, no podrá tener mayor oportunidad la nota de presentación que el Escribano haya de extender en la correspondiente instancia iniciadora del expediente de jurisdicción voluntaria, de que lo trataremos.

Los plazos de dos y tres meses á que se refieren los dos párrafos del citado art. 703 se computarán, con arreglo á la disposición del art. 7.º del Código, según el cual, si en las leyes se habla de meses, días ó noches, se entenderá que los meses son treinta días, los días de veinticuatro horas y las noches desde se pone hasta que sale el sol.

Hállase basada en perfecta justicia la prescripción primera del título 703, al considerar provisional el testamento que se otorga en circunstancias calamitosas ó cuando el testador vea enminente peligro su vida; puesto que, desaparecidas esas contingencias sin que el testador haya fallecido, queda éste en libertad para manifestar su última voluntad por los medios ordinarios que las leyes tienen establecido. Y quedarían éstas burdas no fijándose un límite para que el beneficio ó privilegio durara en un momento dado de tener aplicación. Todas las legislaciones que han regulado esas formas de testar han señalado un plazo; si bien, como acontece siempre, diverso en duración, atendidos el criterio de cada legislador y las circunstancias climáticas de cada país.

Ya puede comprenderse cuán de relativa apreciación, y sobre todo, de carácter facultativo, es el determinar si el peligro grave de la enfermedad ha cesado, para empezar á contar desde ese momento el plazo de los dos meses; siendo también hasta de casi imposible fijación el instante mismo en que el enfermo deja de salirse á las puertas de la muerte para penetrar en las de una convalecencia de fuerzas, que auguren un alivio franco y evidente de su dolencia. Objeto de las preguntas que el Juez haga á los testigos que declaren en el expediente de jurisdicción voluntaria han de ser los extremos indicados, principalmente cuando el certificado de defunción del testador refiera el fallecimiento del mismo á día bastante alejado del de la confección del testamento. Si no hubiere transcurrido ese plazo, es decir, si el testador dejó de existir, dentro de esos dos meses, á contar desde el día en que estuvo, las preguntas se limitarán á averiguar el carácter de la enfermedad y de su mayor ó menor gravedad, sin perjuicio del deseo intelectual del paciente y de la edad del mismo requerida para testar.

La ley de Enjuiciamiento civil parece que no autoriza la intervención de peritos en las diligencias para elevar á escritura

dente establecer *a priori* el instante desde el cual han de hacerse los cálculos, sometiendo la resolución del problema al prudente arbitrio del magistrado.

Estas últimas consideraciones convienen en un todo con nuestra opinión, siguiendo el criterio que expusimos al tratar, en el comentario del art. 701, de cuándo habrá de entenderse por comenzada la epidemia. Todo otro sistema que sobre el particular se adopte es más expuesto á inconvenientes é inexactitudes. El propósito del legislador al permitir testar con menor número de solemnidades en tiempo de epidemia es el de facilitar el ejercicio de ese derecho en circunstancias en que sería de todo punto impracticable seguir las reglas del testamento nuncupativo ó cerrado ordinarios; de lo cual se infiere que cuando esas circunstancias se hayan modificado, dulcificándose el rigor de la epidemia, hasta el punto de no hacer temible el contagio y de permitir á todos los vecinos del pueblo ó del lugar infestado entrar en las condiciones normales de vida, volverán á imperar las reglas también normales que el Derecho para los casos generales ha establecido. El hecho de una sola invasión aislada y de las últimas, cuando no va seguida de otras, que indiquen la idea y certeza del contagio, no contradice la cesación relativa de la epidemia, sobre todo para el objeto del art. 703. Los Tribunales ya apreciarán entonces si, por esa circunstancia, el testador se encontraba en condiciones de poder utilizar los medios de otorgar testamento común, y será lo más probable que, bajo tal supuesto, consideren procedente la anulación del testamento excepcional á que nos venimos refiriendo.

El proyecto de 1882 expresaba como punto de partida para el cómputo de los dos meses el del momento en que se hubiera abierto la comunicación ó el testador hubiera pasado á punto no comunicado.

Según expresa un tratadista italiano, si antes de transcurrir el plazo de seis meses, con arreglo al Código de su país (entre nosotros el de dos meses), la epidemia volviera á revivir, ese término también se interrumpiría. Si el testador voluntariamente entrase en otro lugar infestado, en el cual durasen más que en el que primero vivía los efectos del contagio, esa interrupción no tendría lugar, porque el legislador, al conceder el uso de una forma testamentaria, no ha sido á ello inducido por causas

del libro segundo de la ley de Enjuiciamiento civil, entonces el demandante será quien ha de justificar sus extremos y asertos sobre el particular, por el axioma jurídico de *«ei incumbit probatio qui dicit non qui negat»*.

Encontramos tan enlazadas y semejantes las materias reguladas en la parte segunda del art. 703 y en el 704, que no podemos menos de englobar su examen en el desarrollo de unas mismas consideraciones. Sorpréndenos grandemente, ante todo, la manera de comenzar el enunciado del segundo de dichos preceptos, *«Los testamentos otorgados sin la autorización de Notario, etc.»*

Pues qué, ¿son estos testamentos distintos de aquellos otros comprendidos en los artículos 702 y 703? ¿Regula el 704 doctrina legal extraña á esos preceptos, hasta el punto de que deba examinarse con separación de los mismos? ¿Es su contexto repetición innecesaria de lo dispuesto en el último párrafo del art. 703? Todas estas dudas nacen de la confusión y perplejidad que nos produce la lectura del art. 704. El párrafo citado alude á testamentos otorgados sin la autorización de Notario, y que por lo mismo deben de elevarse á escritura pública. ¿Habrá quizá otra clase de testamentos, de los regulados en la presente sección ó en otras del Código, que, pudiendo hacerse sin intervención de Notario, sea á los que se refiere el citado art. 704? Ó, por el contrario, ¿éste amplía en otros términos el principio formulado en el final del artículo 703? Sería un absurdo sostener que el testamento nuncupativo normal de los artículos 694 á 696 puede otorgarse sin el funcionario notarial correspondiente, y que pueda bastar la concurrencia de los testigos idóneos, con tal de seguir después el expediente de confirmación judicial en el que se acuerde la definitiva protocolización, porque, según el art. 681, será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se observasen las formalidades respectivamente establecidas. Otro tanto decimos de los testamentos excepcionales del ciego y el sordo. El testamento ológrafo rechaza la presencia del Notario. El cerrado ya cuenta con más determinadas solemnidades características. Los militar, marítimo y hecho en país extranjero tienen, en sus respectivas secciones, previsto el modo de cumplimentar su formalización después de la muerte de los que los otorgaron. ¿Á qué testamentos, pues, se puede referir el art. 704? Indudablemente á los

hechos en tiempo de peste y en peligro inminente de muerte. Y si esto es así, ¿por qué no se ha hecho en él la referencia á los artículos anteriores, para evitar confusiones y dudas? El proyecto de 1851 decía: «Cuando el testamento fuese otorgado sin Escribano en los casos del art. 572, etc.»: Estos casos comprendían las mencionadas formas privilegiadas de testar. Así ya se explica la razón de tal precepto. Nuestro art. 704 copió al pie de la letra el 701 del proyecto de 1882, y no sabemos si por esto se habrá producido ese trastorno de ideas, que juzgamos de transcendentales efectos para la inteligencia acertada de los artículos 702, 703 y 704. Renunciamos, pues, á desentrañar el verdadero sentido del último, si no ha de entenderse cual dejamos expuesto, aun comprendiendo que así saltamos por encima de su construcción gramatical, del lugar en que aparece colocado en el Código y de la manera cómo comienza á ser enunciado.

Confirma nuestro parecer la redacción de los artículos 3.810 del Código mejicano, 790 (§ 2.º) del italiano, 1.036 del chileno, 774 del de Uruguay, 1.094 y siguientes del de Colombia y la opinión del Sr. Navarro Amandi, al explicar en su última obra publicada dicho art. 704 de nuestro Código. Partiendo, por tanto, del supuesto de que el párrafo 3.º del art. 703 y el 704 comprenden una misma declaración legal, si bien concebidas en distintos términos y con diversas referencias, pasemos á examinarla.

No es nuevo en nuestro Derecho el principio de que todo testamento no autorizado por Notario necesita ser confirmado por alguna autoridad, que le dé carácter auténtico y toda la fuerza y eficacia obligatoria necesarias.

Ya vimos que, según el *Fuero Juzgo*, el Obispo ó el Juez recibían el juramento y declaración de los testigos que habían asistido á la manifestación de la última voluntad, en las cuatro formas de testar que introdujo dicha legislación. Por el Derecho de Partidas la confirmación se exigía cuando el testamento se había otorgado *«paladinamente»*, sin escritura.

Introducido el organismo notarial, era de todo rigor suplir su intervención, cuando no fuera posible conseguirla, en excepcionales y anormales circunstancias de la vida. El proyecto de Código de 1851 estatuyó que en los casos de que venimos ocupándonos, si el testador muriera dentro del plazo de dos meses desde que testó, el Juez haría constar, ante todo, la muerte de

dicha persona y enseguida examinaría los testigos acerca de su otorgamiento y disposiciones; leerían además sobre el día y hora, poco más ó menos otorgada la última voluntad y sobre el peligro en que se encontraba el testador. Resultando de las declaraciones de los testigos la legitimidad del otorgamiento, el Jefe de la Audiencia declararía testamento nuncupativo, mandando que se observase y cumpliese, y que se protocolizasen los registros de escrituras públicas del Escribano. Se daría á los interesados las copias y testimonios con los que hiciesen fe.

Muy análogo es este procedimiento al que se comprendió en el *tít. VI, libro III* de la ley vigente en materia civil.

El Tribunal competente ante el cual ha de presentarse la instancia que dé origen al expediente de jurisdicción voluntaria, determina el art. 69, regla 22 de la referida ley de 1855, y el art. 309, regla 15, de la ley orgánica sobre el Poder judicial, según los cuales, en las causas de jurisdicción voluntaria, se elevará á escritura pública los testamentos otorgados ó los escritos sin intervención de Notario público, en el lugar en que se hubiesen otorgado dichos documentos. Y ya anteriormente la Real Cédula de 8 de Agosto de 1859 había determinado que la protocolización de un testamento en jurisdicción voluntaria, cuyo conocimiento correspondía á los Jueces civiles ordinarios.

Según los artículos 1.943 y 1.944 de la ley de jurisdicción voluntaria, la instancia de parte legítima podrá elevarse á escritura pública el testamento hecho de palabra, considerando con el que tuviere interés en el testamento, al que en él cualquier encargo del testador y al que, por ley, pueda representar con poder á cualquiera de las personas que se encuentren en dichas circunstancias. El primero podrá resolverlos el Juez, teniendo á la vista el expediente, según las consideraciones que en la instancia exponga el solicitante. La tercera condición debida al poder otorgado ó sustituido á favor de un tercero, en aquel acto acuda al Juzgado respectivo, y se

Cuando la manifestación testamentaria se lamente, en la solicitud inicial cuidará el recurrente de enunciar separadamente los diversos extremos que comprendan las declaraciones del testador, para que, á tenor de los mismos, y á fin de proceder con mayores método y claridad, puedan ser examinados los testigos.

Ténganse presentes muchas de las observaciones expuestas en el comentario referente á la parte adjetiva del testamento ológrafo, aplicables al caso actual, sobre todo en lo relativo á las reglas que deben tenerse en cuenta al redactar la solicitud que ha de iniciar el expediente de jurisdicción voluntaria. El que promueva éste habrá de indicar los nombres, apellidos, vecindad y, en su caso, residencia de los testigos que intervinieron en el testamento, no olvidándose de expresar si se presentarán voluntariamente en el Juzgado, ó si desea que sean citados judicialmente; manifestará el nombre del Notario, cuando éste haya intervenido, y no elevado por sí mismo el testamento á escritura pública; por último, el solicitante aludirá al número del artículo 1.944 de la ley procesal, con arreglo al cual insta tales diligencias, para que sepa el Juez qué clase de interés legítimo le mueve, y á fin de fundar en esta manifestación y en el estudio de los documentos presentados el acuerdo que estime más justo. Si denegara la pretensión, por no conceptuar con personalidad debida al que firma el escrito, debe dictar su resolución en forma de un auto, fundándolo en razonamientos. De ese auto, y á los efectos del art. 377 de la expresada ley (inserto en el libro I de la misma, que comprende disposiciones comunes á las jurisdicciones contenciosa y voluntaria), dicho interesado podrá pedir reposición dentro de cinco días; prescindiéndose de la tramitación indicada en los artículos 378 y 379 siguientes, porque en el caso sobre que discurrimos no hay parte contraria, á no ser que alguna se personara y figurara en ese estado del expediente, para lo que le faculta el art. 1.813 de la misma ley. Según el 380, contra el auto resolutorio del recurso de reposición referido, podrá la supuesta parte legítima apelar dentro de tercero día ante la Sala de lo civil del territorio, con sujeción á los trámites de los siguientes preceptos.

El Juez, si estima bastante la personalidad del que promueve el expediente, dictará (según el art. 1.946) providencia mandando

comparecer á los testigos y al Notario, en su caso, en el día y hora que señale, bajo apercibimiento de multa y de las demás correcciones que la desobediencia haga necesarias.

Si los testigos no comparecieran todos en el día señalado, se suspenderá el acto, porque como tanto ellos como el Notario han de ser examinados separadamente y de modo que no tengan conocimiento de lo declarado por los que les hayan precedido, esta precaución sería inútil y quedaría incumplida si se permitiera á unos y otros declarar en distintos días. Por esto convendrá que el actuario extienda el día señalado para la información testifical, una diligencia, en la que manifieste si se hallan ó no en el local del Juzgado dichos Notario y todos los testigos, para proceder, en el primer caso, á su examen separado, y para fundar, si ocurre lo segundo, la providencia de suspensión del acto y nuevo señalamiento; en cuyo acuerdo también se ordenará hacer efectiva la multa y la conminación al desobediente ó desobedientes con mayor corrección, si reincide en la falta. No se seguirá este procedimiento cuando algún testigo deje de comparecer por hallarse impedido ó enfermo; entonces el Juez esperará á que el promotor de las diligencias pida que se traslade el Juzgado á la casa del enfermo para recibirle declaración acto continuo de haber sido examinados los demás testigos, y si alguno de éstos estuviere ausente del partido judicial, también podrá dicho promotor pedir que se le examine por medio de exhorto dirigido al Juez del pueblo de su residencia actual. Toda ésta es doctrina legal que deducimos del examen de los artículos 1.946 á 1.949 de la ley procesal.

Deberá acreditarse, según los artículos 1.950 y 1.951, si no constare por notoriedad, la calidad del Notario del otorgamiento en los casos en que hubiere concurrido; y también, bajo la responsabilidad del Juez, la edad de los testigos y el lugar en que tuvieran su vecindad al otorgarse el testamento. Igualmente el actuario, en el preámbulo de las declaraciones, dará fe de conocerlos, exigiendo, en caso contrario, la presentación de dos testigos de conocimiento. La edad se acreditará según el dicho de los mismos que van á declarar, y la vecindad del propio modo ó con arreglo á su cédula personal, si rige todavía la correspondiente al período en que intervinieron en el testamento, y no han variado de domicilio al prestar la declaración.

Según los artículos 1.953 y 1.954, resultando clara y terminantemente de las declaraciones de los testigos que el testador tuvo el propósito serio y deliberado de otorgar su última disposición; que aquéllos, y el Notario en su caso, han oído simultáneamente de boca del testador todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última voluntad, bien lo manifestase de palabra, bien leyendo ó dando á leer alguna nota ó memoria en que se contuviera; que los testigos fueron en el número que exige la ley, según las circunstancias de lugar y tiempo en que se otorgó; y que reúnen las cualidades que se requieren para ser testigos testamentarios, el Juez declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulte, con la calidad de sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente. Si, por el contrario, resultase alguna divergencia en las declaraciones de los testigos, el Juez aprobará como testamento aquello en que todos estuvieran conformes; y cuando la última voluntad se hubiere consignado en cédula, se tendrá como testamento lo que de ella resulte, siempre que todos los testigos estén conformes en que es el mismo papel que se escribió ó presentó en el acto del otorgamiento, aun cuando alguno de ellos no recuerde cualquiera de sus disposiciones.

Pero, ¿ha de tener el Juez sólo en cuenta, al aprobar ó desaprobar el expediente, lo dispuesto en dichos artículos 1.953 y 1.954? ¿No le han de obligar igualmente otras prescripciones del Derecho civil? Indudable nos parece. Habrá de cuidarse:

Primero. De si han transcurrido los dos meses á contar desde que el testador salió del peligro inminente de muerte ó cesó la epidemia.

Segundo. De si pasaron ó no tres meses después del fallecimiento del testador al tiempo de incoarse las diligencias ante el Juzgado, según ya dijimos anteriormente.

Tercero. De si se cumplieron los trámites prescritos en el título IV, libro III de la ley de Enjuiciamiento civil á que venimos refiriéndonos.

Cuarto. De si se han observado con arreglo al Código civil todas las solemnidades testamentarias que no cita el expresado artículo 1.953.

Aun cuando la elevación á escritura pública y consiguiente protocolización han de hacerse sin perjuicio de tercero, es decir,

y en ambos efectos, siempre que ejercite el recurso el que hubiese promovido el expediente (art. 1.819); pues si lo ejercitan los que hayan venido al mismo llamados por el Juez ó para oponerse á la solicitud que haya dado motivo á la formación de las diligencias, dicha apelación se admitirá simplemente en un solo efecto. El recurso ha de tramitarse por las reglas de los que se entablen en los incidentes, los cuales se contienen en la *Sección 3.ª, tít. VI, libro II* de la tan citada ley adjetiva. Contra las sentencias que dictaren las Audiencias en esta clase de expedientes se dará el recurso de casación, sin que aquéllos puedan acumularse á ningún juicio de jurisdicción contenciosa (artículos 1.920 á 1.924).

Respecto á la protocolización del testamento, recuérdese lo que tenemos expuesto al ocuparnos de la del testamento ológrafo, como también lo que hubimos de manifestar respecto á la contradicción observada entre el art. 1.955 de la ley procesal y el 76 del Reglamento del Notariado; contradicción que se hace más evidente al tratar del testamento abierto, puesto que, respecto al ológrafo, ya dijimos que el Código civil, ley posterior y ley sustantiva, creadora de un organismo nuevo, de una forma de testar antes no conocida, ya exige que la protocolización se hará en los registros del Notario correspondiente, aludiendo á lo que dispone la legislación notarial.

En el testamento público, la ley de enjuiciar estatuye que dicho acto se practique en los registros del Notario de la cabeza del partido; y si hubiera más de uno, en el que designe el Juez. El Reglamento del Notariado (anterior á dicha ley) concede esa fa-

cultad á los mismos interesados, lo cual nos explicamos mejor, por ser la custodia de documentos notariales misión de confianza, que importa principalmente á los que en ellos tienen la salvaguardia de sus derechos; no atribuyéndose esa facultad á la autoridad judicial, sino cuando existe divergencia sobre el particular entre dichos interesados, estableciendo entonces el Juez un turno, de acuerdo con el Decano del Colegio de Notarios ó del Subdelegado del distrito notarial, si el primero no reside en capital de provincia.

Ya que el art. 1.955 de la ley de Enjuiciamiento civil otorga medios al Juez para que, sin infringirlo, pueda seguir los principios más racionales, que son indudablemente los del Reglamento Notarial, nosotros aconsejamos á aquél practique lo que sin inconveniente alguno haríamos si nos halláramos en igual caso, ó sea designar el registro del Notario en que se haya de practicar la protocolización, como final de la parte dispositiva del auto que ponga término al expediente, pero siguiendo siempre las indicaciones de la que figure en el concepto de parte legítima y únicamente procediendo por cuenta propia como ordena el art. 76 del Reglamento del Notariado, cuando no se hubiere hecho indicación alguna sobre el particular ó resultara desacuerdo entre los interesados en el expediente.

* *

En el Derecho foral encontramos un procedimiento de significación igual al que acabamos de examinar y de tramitación muy semejante. En Aragón es regla del *Fuero* y de las *Observancias* que el testamento hecho ante el párroco y los testigos requiere para ser eficaz, su elevación á escritura pública, por medio de la llamada *adveración*; y según expediente que ha de tramitarse hoy con arreglo á la Real orden de 4 de Febrero de 1867.

Las principales disposiciones de ésta ordenan que dicha solemnidad se practicará con las formalidades establecidas por los *Fueros* de Aragón, ante el Juez de primera instancia correspondiente; y si ha de verificarse fuera de la cabeza del partido, dicho Juez podrá dar comisión al municipal del lugar en que se hubiere otorgado testamento para que, por delegación, instruya el expediente con intervención del Escribano de actuaciones; no podrá llevarse

aconsejan los autores, y así se deduce del *Fuero*, que se haga cuanto antes para evitar el que, muriendo el párroco ó testigos, no pueda averarse el testamento, ya que en ese acto ha de ser necesaria la presencia de todos.

Habiéndose ofrecido dudas acerca de si en todos los casos la averación se practicaría según las reglas de la ley de Rejuiciamiento civil ó las del *Fuero*, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Septiembre de 1863 y 25 de Octubre de 1861, en apoyo de las cuales se halla la Real orden de 31 de Octubre de 1864, declararon que los testamentos otorgados con arreglo al *Fuero* deben averarse también según éste (hoy por la Real orden de 4 de Febrero de 1867, que ya expusimos), y que son aplicables las disposiciones del tit. VI, libro tercero de la ley Procesal civil á los hechos verbalmente ante el número de testigos que previene la *Ley recopilada* 1.^a, tit. XVIII, libro X.

En Navarra se exige el llamado *abonimiento* ó *abonamiento* para aquellos testamentos otorgados ante el párroco ú otro clérigo y dos testigos, ó ante tres testigos solamente. Los que no vayan acompañados de esa solemnidad carecen de todo valor y eficacia. La ley 9.^a, tit. XIII, libro III de la *Novísima Recopilación Navarra* dispone que el abonimiento se haga dentro de un año, á contar desde la muerte del testador, ante el Juez de primera instancia, el cual, antes de admitir la correspondiente solicitud, y después de recibidas las declaraciones del cura, clérigo ó testigos, ha de oír á los interesados *ab-intestato*; si éstos se oponen, se sigue juicio, que terminará por sentencia, y siendo favorable, se manda elevar á escritura pública el testamento.

En Cataluña ya sabemos, por lo que hemos expuesto en otra parte, que el testamento denominado *sacramental* se *advera* jurando los testigos que en él intervinieron dentro de seis meses desde que estuvieron en Barcelona, en la iglesia de San Justo, sobre el altar de San Félix Mártir, presente el Notario que autorizara tal testamento ú otras personas que así lo vieron ú oyéronla escribir ó decir, según se contiene en escritura ó última voluntad verbalmente explicada por el testador. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Enero de 1862 declara que cuando dichos testamentos se otorgan por escrito, no basta que los testigos que en ellos intervienen juren haber visto al testador escribir un documento, en el cual dijo que consignaba su última volun-

instancia esencial, que juren que el documento se contiene.

que no intervenga Notario y según las prescripciones de la ley civil.

alcaya, tratándose del testamento de una mujer de buena fama, es

preciso, si ha de dársele fe y tener la debida eficacia, según el *Fuero*, que en el término fatal de sesenta días, á contar desde la muerte del testador, los testigos se ratifiquen ante la presencia judicial y el testamento sea elevado á instrumento público ante la jurisdicción ordinaria, según los trámites que prescribe la ley adjetiva común. Ese plazo regirá cuando el heredero y los testigos residan en el Señorío, pues si se hallan ausentes, la parte interesada puede acudir al Tribunal haciendo valer tal circunstancia. Si consigue probarla, así como también que los testigos se hallaban en la tierra cuando se formalizó la última voluntad, obtendrá prórroga del plazo para la presentación de los mismos.

* * *

Toda clase de testamentos abiertos, después de protocolizados en el archivo del Notario que corresponda, han de ser anotados en los registros particulares de actos de última voluntad que se llevarán en los Colegios notariales de la Península é islas adyacentes, los cuales se hallan en relación directa con el general existente en la Dirección de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado, según las prescripciones del Real decreto de 19 de Febrero de 1891 y circular de 23 del mismo mes y año. A ese efecto, los Notarios y Curas párrocos remitirán, dentro de tercero día, á contar desde el otorgamiento ó protocolización, al Decano del respectivo colegio notarial una comunicación en la que, por párrafos separados y numerados, se consigaen los nombres y apellidos del testador, su naturaleza, vecindad, domicilio y estado, los nombres y apellidos de sus padres, los del Notario autorizante, la población en que se otorgó el testamento y demás observaciones que se crean necesarias. Esos Registros serán reservados y se llevarán bajo la responsabilidad é inspección del personal al efecto destinado en la expresada Dirección y Decanatos de los Colegios notariales.

ART. 705. Declarado nulo el testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecida para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, ó de negligencia ó ignorancia inexcusables.

Concordancias.—Análogo al art. 702 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.— Ya en otro comentario sobre testamentos hemos tratado con alguna detención de la procedencia de su nulidad cuando realmente se hubiere quebrantado requisito ó formalidad de los previstos por el Código, que afecten á motivos esenciales ó impliquen medios de garantir y asegurar la autenticidad de la institución testamentaria, y no por la simple omisión de insignificantes detalles ó solemnidades. Al examinar el art. 637 también indicamos cómo podría llegar fácilmente á conseguirse la nulidad de un testamento y las consecuencias que esta declaración produciría en los distintos órdenes á que afectan los intereses perjudicados por la declaración judicial correspondiente. En el presente momento demos ya por establecida la nulidad y partamos de su existencia, elevada por los Tribunales á la categoría y autoridad de *cosa juzgada*.

Prevista solamente en la ley Hipotecaria vigente y en la Instrucción de 9 de Noviembre de 1874 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro, la responsabilidad del Notario por el dolo ó culpa en que incurriere, era de necesidad que el Código civil, con carácter de mayor amplitud, y tratando concretamente de la materia de testamentos, que ya sabemos no está siempre sometida á la legislación notarial, marcara la norma ó principio á que, en cuestión de tal entidad, debíamos todos atenernos. El párrafo final del art. 9.º de dicha Instrucción dice, en efecto, que cuando el acto ó contrato deje de inscribirse por alguna omisión ó inexactitud padecida por culpa ó dolo del Notario autorizante, éste subsanará la falta, ex-

na, si fuese posible, é in-
idos de los perjuicios que
d con lo dispuesto en el
disposición no satisfacía
nuestro art. 705; y, en esa
ocerlo así en el proyecto
culo el testamento en que
es que quedan estableci-
enido Notario, el mismo
os. Esta misma idea apa-
el presente Código, cuyo
de un testamento abierto
idades establecidas para
ntorizado respondería de
. Pareció este precepto un
ad notarial; y así se hizo
del Código en las Cortes;
s razonamientos emplea-
dieta D. Luis Silvela, se
ente esa aclaración final,
o del art. 705.

cer responsable al Nota-
; la nulidad de la disposi-
arle á indemnizar los per-
casionado á los favoreci-
lento é injusto. Y mucho
lucían á términos más ra-
tario en las últimas vo-
ya, ni podría asegurarlo
conocimientos científicos

para ello, la capacidad legal del testador en el momento de tes-
tar; hará tal manifestación siempre que deba hacerla, *es su jui-*
cio, esto es, según su opinión, su entender profano, y, como ya
también hemos expuesto, esa afirmación podrá en lo futuro ser
dejada sin efecto por la sentencia del Juez que se apoye en un dic-
tamen facultativo más exacto, y, por lo tanto, de mayor credibili-
dad que el del Notario. Según la anterior edición del Código, en
ese caso habría lugar á exigir, por lo menos, responsabilidad ci-
vil á dicho Notario; lo cual pugna con toda recta noción jurídica,

Examinemos otro caso: Si el testador cando la escritura, manifiesta que no firma saber escribir, el Notario debe guiarse por ción, que es la única que le importa y la q el cuerpo de la disposición testamentaria, p nes del testador y en actos y circunstancias raciones que espontáneamente se hacen du de las últimas voluntades, no es necesario tome para nada en cuenta. Impugnado ese sedad que envolviese el dicho del testador acreditado plenamente que aquél podía y dicho testamento también se anularía; perc lidad y contexto terminante de la redacción del Código, sería hasta inhumano hacer e hechos que él no había podido evitar, y cay tanto, era injusto que le alcanzasen. Es mu el principio de que el que ha causado un d resultados á quien lo sufre y le perjudica; p tados, y en otros muchos más que padieras en ningún modo es autor, ni en lo más n nulidad del testamento, y, por lo mismo debe afectarle una responsabilidad que, co guramente le alcanzaría si no se hubieran m del art. 705.

El Notario indemnizará siempre que se j zar el testamento sin las solemnidades d malicia, negligencia ó ignorancia inexcusal mas contrarias en significación á las de inc eia, en cuyo sentido ya pueden comprender dencia de la disposición del art. 705.

La malicia equivale al grado mayor de b de la gradación establecida por dicho prece criminal, y, por lo mismo, no podría dar lug en este orden, además de la civil, teniéndose el art. 1.º de la ley de 28 de Mayo de 1862 s Notariado, el Notario es el *funcionario público* fe, conforme á las leyes, de los contratos y diciales; de suerte que al autorizar con m nulo, podría incurrir en la comisión de un

ejecutarse; pero siempre con
como funcionario público,
responsabilidad.

omisión de la diligencia que
de un cargo de tal entidad
al. Adviértase que el califi-
nina el artículo se refiere,
abién á la negligencia y á
presente para no estimar
or de responsabilidad por
gencia é ignorancia han de
las que no admiten dis-
con la omisión de la fecha
de un testigo que supiera

sa de su cumplimiento á
o menos al funcionario á
le acreditar haber cursado
ra, con arreglo á las leyes
, ó ser Abogado. Sea con-
servar que el Notario, por
te versado en todo lo le-
tarias, por constituir una
ciones de su cargo el auto.
pues, imperdonable, *inex-*
e requisitos que casi dia-
plir y aplicar.

de la malicia, negligencia ó
como de su excusabilidad ó
sentenciadora que entienda
ó nulidad del testamento.
iene la jurisprudencia del
pa, negligencia ó dolo, que
contratos para producir su
ente de daños y perjuicios,
irse, ó en el mismo pleito
del testamento abierto,
damente emplazado y en
ó en reclamación litigiosa,

distinta, posterior y consecuencia del fallo y producido dicha nulidad; porque es condición para todo demandado, ha de oírseles en juicio afectarles en su día los resultados de la con-

La acción de daños y perjuicios, como es personal, que ha de ser dirigida de modo persona que, en calidad de Notario, autorizó mentaría de que se trata, ha de ejercitarse con arreglo al art. 1.964 del Código, y á consecuencia de nulidad, puesto que el comienzo de de ese momento la procedencia de la responsabilidad y perjuicios en que se supone que ha incurrido malicia, ignorancia ó negligencia con que pro-

Dicha acción la han de formular quienes tienen razón de parte legítima para promover el litigio, porque esos daños y perjuicios recaerán en el testamento que, debiendo percibir existencia de aquél, una cuota hereditaria, no por haberse anulado ó desvanecido el título su derecho. Tal sucedería con el legatario, el heredero en la parte de libre disposición, que, si no, perdieran por entero esas cualidades, y la herencia á los herederos legítimos, según sucesión *ab-intestato*. Y consideramos equivalente *«parte legítima»* y de *«perjudicados»*, porque los daños y perjuicios, y éstos sólo han de recaer en perjuicio de la desaparición legal del testamento, por lo que el Estado ha de indemnizar al Notario. No se ha en el art. 1.106 del Código, el daño supone la pérdida sufrida, y el perjuicio, la ganancia que se ha-

En los testamentos en que no intervenga el Notario, no debe exigirse responsabilidad ni indemnización de daños y perjuicios á nadie, porque el art. 705 no se refiere más que á dicho funcionario. Sin embargo, á los que testifiquen en los testamentos otorgados en tiempo de epidemia ó en inminente peligro de muerte y demás excepcionales si no les alcanza la prescripción de dicho artículo, les comprende la del 1.902, si el testamento se anula por culpa ó negligencia de los mismos.

ado al Notario de una grave obligación que de 1882 le imponía, ó sea la de poner en lo de los principales interesados ó del Juez testamento abierto en que intervino, luego el testador, siendo responsable de los daños verificase dentro de los diez días siguientes, oia, cuando los interesados se hallaren ausentes, al Juez de primera instancia por prescripción análoga á esta sólo la hallamos en el testamento cerrado. Ignoramos el motivo de ese precepto en nuestro Código; á no ser que cuando abierto el testamento, y por tanto puede el tener conocimiento, y los mismos testadores sentido á la sociedad, que se supone lo que el testador ha dispuesto como último á su herencia.

SECCIÓN SEXTA

del testamento cerrado.

testamento cerrado diciendo que es testador, sin revelar su última voluntad, halla contenida en el pliego que prevalece que han de autorizar el acto; así se dispone del Código. Tal forma de testar, ordinaria, se estudia por el legislador á la pública ó abierta y de la ológrafa, en ese modo á todas las necesidades y testador, facilitándole, con la previsión de circunstancias en que puede encontrarse la voluntad, los medios hacendosos á tal fin. Ese testamento, ya hemos dicho en su exactamente debe denominarse sexta significación tiende por sí mismo

el epíteto de "cerrado", que emplea el Código, pues se contrapone en absoluto al público, y es su verdadero reverso.

Cuando analicemos los artículos de que se compone esta sección sexta, comprobaremos los puntos de contacto que tiene el testamento secreto con el ológrafo, si bien no se corresponden paralelamente, porque al uno le es indiferente que se le mantenga secreto ó público, y el otro indispensablemente ha de reunir el primero de estos caracteres. En el ológrafo es requisito *sine qua non* el de estar todo él escrito por la misma mano del testador, mientras que en la forma cerrada, importa poco que la escritura sea obra de aquél ó de una tercera persona, que haga por él las veces de amanuense; lo esencial es que dicha escritura se presente cerrada y reservada á los que han de autorizar el acto. Excepto esa diferencia, en lo demás ambas formas de testar tienen verdaderos puntos de contacto, porque en las dos el testador no está sujeto á ninguna limitación legal de forma ó de fondo, más que las previstas para todos los casos generales por el legislador. A solas con su conciencia y ante el papel en que ha de exteriorizar sus pensamientos, no tiene que contar con ninguna otra persona, ni estar sometido á ninguna otra exigencia ni limitación de tiempo y atribuciones, más que las que le inspire su propia y omnimoda voluntad.

Así comprendido el testamento cerrado, aunque no con tan rigurosa precisión de términos en su concepto, tuvo su perfecta existencia legal en el Derecho romano, donde ya sabemos que la forma escrita se contraponía á la nuncupativa ó hablada. Sin embargo, el testamento escrito no era siempre secreto; dependía esta circuns-

ESIONES

Este p
unque
estame
lugar
stador
iones,
s firma
is sell
se man
, el tes
e el co
, estab
mismo
os); cer
y despu
us sell
vo test
ar. Así
1, tit.

, Vital
sto, sos
'ablas;

primeramente escribía el nombre del here
las disposiciones testamentarias; después
sigilo y por medio de cordoncitos las tabla
mento, y teniéndolas entre sus manos, pro
palabras sacramentales que ya referimos en
haec, ita ut in his tabulis cerisque scripta su
lego ita testor, itaque, vos quirites, testim
perhibetote. Las personas nobles ó revesti
dignidad raramente hacían uso del testame

deseando tener mientras vivieren oculta su última voluntad; por cuyo motivo empleaban el testamento secreto ó cerrado.

Ningún vestigio de él encontramos en el *Fuero Juzgo* ni en los *Fueros municipales*, lo cual no deja de extrañarnos, si bien no negamos que, examinada la famosa *ley 11, tit. V, libro II* del primero de dichos Cuerpos legales (reguladora, en general, de casi toda la materia testamentaria del *Fuero Juzgo*), bien podría también, con arreglo á ella, testarse en la forma secreta, del propio modo que en la nuncupativa ó pública.

En la legislación del Rey Sabio no encontramos perfectamente deslindado, como modelo de testamento separado y distinto del nuncupativo, el secreto ó cerrado. Valiéndose de las propias solemnidades por las que se otorga aquél, se dice en las Partidas que si el testador desea que permanezca secreta su última voluntad, ante los mismos testigos á quienes había de declarar paladinamente aquélla, manifestará que la misma se contiene en el pliego ó sobre cerrado que presenta en el acto del otorgamiento, y en el cual han de poner todos sus firmas, como símbolo de la autenticidad de dicha envoltura y su contenido. Ese testamento en tal forma dictado se llama en el Código alfonsino *«hecho en poridad»*.

Las *leyes de Toro* y de la *Novísima Recopilación*, publicada, como ya sabemos, con el propósito de unificar y armonizar la legislación testamentaria hasta entonces vigente, regulan ya con separación el testamento cerrado, aunque considerándolo, con error, equivalente al llamado en latín *in scriptis*; exigen en él la presen-

sta-
ario
n el
del
o de
igno

sta-
reco

dop-
ues-
les á
. El
ento

ola-
tado
enta
qua-
a se
cial-
e 24
774,
nico,

considerado como supletorio en Cataluña. El Notario ha de ser la única persona en cuyo poder quede conservado el testamento cerrado. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Diciembre de 1872 autoriza el que firme uno de los testigos por el testador, si éste no pudiese, y al tenor de lo dispuesto en la *ley 28, título XV, libro VII de la Novísima Recopilación*.

En Aragón, el testamento cerrado se otorga entregando al Notario el pliego sellado, ante dos testigos, todos los cuales han de firmar en la cubierta, y unos por otros, cuando éstos no supieren. Así se desprende del *Fuero de 1678*. El Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de Septiembre de 1875, también declaró que el *Fuero de 1528* sólo previene que los otorgantes y testigos suscriban con su firma y rúbrica los instrumentos que otorgaran ante escribanos, sin que á éste se imponga la obligación de signarlos y firmarlos, y si sólo la de escribir de su puño y letra la primera y última líneas, rubricando además la penúltima y última. Ese testamento puede hacerse con intervalos.

El testamento cerrado en el territorio de Navarra, al menos como se estatuye en el *Fuero de 1678*, se otorga según las mismas solemnidades del Derecho romano, y por tanto, requiere la presencia de siete testigos, que con sus firmas y sellos, suscriban la cubierta, siendo además requisito indispensable la unidad de acto.

Aunque no se exige la presencia del Notario, los tratadistas la aconsejan, para evitar dificultades, y principalmente cuando no sepan firmar ni el testador ni ninguno de los siete testigos.

El *Fuero de Vizcaya* nada dice respecto á testamentos cerrados; por lo cual, regirá en ese país el Código civil como Derecho supletorio.

Y con esta ligera excursión histórica, ya podemos entrar de lleno en el examen de las disposiciones según las cuales, el moderno legislador español ha modelado dicha forma de testar; pudiendo por el pronto anticipar, como juicio general y sintético del conjunto

xta, que
re el De-
gulariza-
r estudio
ncia y de

er escrito
, en pa-
y año en

rubricará
spués de
s escritas

l testador
al pie del

irmar, lo
persona,

o de Código
en el 2.º, al

ley 1.ª — La
in scriptis,
or escrito, e

non de otra guisa. E tal testamento, como este deve ser fecho
ante siete testigos, que sean llamados e rogados de aquel que lo
faze; e ninguno destos testigos non deve ser sieruo, nin menor de

catorze años, nin muger, nin ome mal enfamado. Otrosi, dezimos que cada vno dellos deue escreuir su nome en la fin del testamento, diziendo assi: Yo Fulano, so testigo deste testamento, que lo fizo tal ome (nombrándolo), seyendo yo delante. E si alguno dellos non sopiere escreuir, qualquier de los otros lo puede facer por mandado del. E demas desto, deuen poner todos los testigos sus sellos en la carta del testamento con cuerdas pendientes. E si alguno dellos non ouiesse sello, puede esto facer con sello de otro. Otrosi, dezimos que el fazedor del testamento deue escreuir su nome en la fin de la carta, diziendo assi: Yo Fulano, otorgo que fize este testamento en la manera que es escrito en esta carta. E si non supiesse o non pudiesse escreuir, bien lo puede fazer otro por mandado del.

Partida 6.ª, tít. 1, ley 2.ª—En escrito, queriendo alguno fazer su testamento, segun dize en la ley ante desta, si por auentura lo quisiere fazer en poridad, que non sepan ninguno de los testigos lo que es escrito en el, puedelo fazer desta manera. Deue el por su mano mesma escreuir el testamento, si sopiere escreuir, e si non, deue llamar a otro, qual quisiere, en quien se fie, e mandegelo escreuir en su poridad. Despues que fuere escrito, deue doblar la carta e poner en ella siete cuerdas, con que se cierre, de manera que finquen colgadas, para poner en ellas siete sellos, e deue dexar tanto pergamino blanco de fuera, en que puedan los testigos escreuir sus nomes e despues desto, deue lamar e rogar tales siete testigos, como dize en la ley ante desta, e mostrarles la carta doblada, e dezirles assi: Este es mi testamento, e ruego vos que escriuays en el vuestros nomes, e que lo seyeis con vuestros sellos. E el otrosi, deue escreuir su nome o farlo escreuir en fin de los otros testigos ante ellos, diziendo assi: Yo otorgo que este es el testamento que yo Fulano fize, e mande escreuir.

Novísima Recopilación, libro X, tít. XVIII, ley 2.ª—... pero en el testamento cerrado, que en latín se dice *in scriptis*, mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con un Escribano, los quales hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar; y si no supieren y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros; de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del Escribano.

niento del testamento ce-
mnidades siguientes:

a el testamento se pondrá
rada y sellada, de suerte
al sin romper ésta.

erá con el testamento ce-
y sellará en el acto, ante
orizarlo y cinco testigos
al menos, han de poder

tario y los testigos mani-
ego que presenta contiene
se halla escrito, y firmado
escrito de mano ajena y
todas sus hojas, ó si, por
o ha hecho á su ruego otra

. testamento extenderá el
acta de su otorgamiento,
marca de los sellos con que
haberse observado las so-
. conocimiento del testador
. persona en la forma pre-
r 686, y de hallarse, á su
capacidad legal necesaria

-----, ----- acta, la firmarán el testa-
dor y los testigos que sepan firmar, y la autorizará el
Notario con su signo y firma.

Si el testador no sabe ó no puede firmar, deberá
hacerlo en su nombre uno de los testigos instrumenta-
les ú otra persona designada por aquél.

6.ª También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

Concordancias.—Análogo al art. 569 del proyecto de Código de 1851, é igual en los párrafos 1.º, 3.º, 5.º y 6.º, y análogo en los 2.º y 4.º, al proyecto de 1882, en su art. 704.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del anterior artículo.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 706 Y 707.—*Del testamento cerrado:* a) *Su definición.*—Con vista ya de las disposiciones diversas que comprenden los artículos 706 y 707, los cuales señalan las solemnidades que han de concurrir en el otorgamiento del testamento secreto normal y ordinario, podemos definir dicho testamento, de conformidad con el jurisconsulto francés Rogron, diciendo que es el que ha de ser escrito por el testador ó por otra persona, si aquél sabe leer, y presentado después delante de los testigos á un Notario, que cierre y selle lo escrito, si ya no lo ha sido por el testador, extendiendo dicho funcionario un acta de suscripción, firmada por él, por el autor del testamento, si sabe, y por los testigos. Esa clase de testamentos comprende, pues, dos esenciales momentos, el determinado por el artículo 706 y aquel otro al que se contrae el 707, los dos igualmente imprescindibles, porque el primero aisladamente (con salvedades que más adelante explicaremos), no supone más que la confección de un proyecto de última voluntad, sin eficacia por sí solo de ningún género; y el segundo, practicándose en un sobre ó envoltura que nada contuviere, ó sólo papeles en blanco, á ningún fin obedecería ni nada habría de significar.

b) *Otorgamiento del testamento cerrado.*—El testador, á solas, sin testigo alguno de vieta, sin estorbo de ningún género que coarte en lo más mínimo la manifestación en el papel de sus pensamientos, dicta [con arreglo á su conciencia lo que quiere que se haga para después de su muerte en orden á la herencia. Si no precisa del auxilio de tercera persona, por los consejos que de ella haya menester ó para que escriba lo que él está imposi-

cer, sin traba alguna, sin apremios del tiempo,rovechando los momentos de descanso en el tranquilidad y de apartamiento social, en cada día, sus cosas como tenga por conveniente, sin que por ordenado nadie de ello tenga noticia hasta que so que hará ya precisa la apertura del testamento. trabajo, examinados detenidamente los cálculos y i que pueda dar lugar, y cuando mejor le parezca, proyecto de testamento á la categoría de documento eficaz para transmitir cuantiosos ó no cuant-y obligaciones, y para fijar la sustitución ó re-irídica de su persona por otra ú otras que han s relaciones de Derecho creadas por aquélla. Por igo civil] están muy acertadamente diferenciados ntos ó partes del testamento cerrado; siguiéndose azado por el proyecto de 1882, y corrigiendo la proyectos anteriores y Códigos extranjeros, que onfunden lo que sólo separadamente regulado cación más lógica y satisfactoria.

dad con las anteriores observaciones, el distin- a italiano Grondona (*Il testamento per atto de No-* el testamento secreto, á diferencia del público, listintas partes, la una que es obra del testador, antener una incógnita antes de la apertura del la otra que es el acto de recepción, dedicado á iservar la primera, lo cual constituye el verdadero »». Por eso en el testamento cerrado la responsa- io del Notario comienzan propiamente en el se- s momentos y los deberes relativos á este objeto e los que le corresponden en el testamento pú- or la diversidad del acto en que interviene, sino mero de responsabilidades que en tal sentido le

puede escribir su última voluntad en la forma r, por sí mismo ó valiéndose de una tercera per- e segundo caso, no solamente, como pudiera e esté imposibilitado para escribir ó cuando no do se le antoje, cuando por ese segundo medio se a tarea de redactar la manifestación de sus ideas,

valiéndose, al efecto, de un amanuense. El párrafo primero del artículo 706 le otorga plena libertad para que escoja el procedimiento que mejor pueda convenirle. Si escribe todo el testamento por su propia mano, rubricando todas las hojas y firmando al final del mismo, casi puede decirse que ninguna diferencia separa esa forma de testar de la ológrafa. Y tanto las creemos equivalentes en ese supuesto, que si, por cualquier accidente, dicho testamento no llegara á ser formalizado, según las reglas del art. 709, podría defenderse su eficacia considerándolo como testamento ológrafo si, por otra parte, reunía las demás solemnidades prevenidas en la sección cuarta del presente capítulo. Así nos autoriza á pensar el art. 715 de la presente sección, el cual prevé que, declarado nulo un testamento cerrado, puede convalidarse, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviera las condiciones propias del último testamento. Muchas de estas condiciones ya las requiere el art. 706, puesto que exige que el testador rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas ó escritas entre renglones. Falta únicamente el requisito del empleo del papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento, y por esta deficiencia ¿habría de denegarse la convalidación? Con arreglo al art. 715, sí, y, por tanto, éste no tendrá aplicación más que para el caso de previsión extremada en que el testador, anticipándose á la posible y temida declaración de nulidad, escribiese ya de antemano el que había de ser testamento cerrado en un pliego de dicho papel sellado.

El párrafo primero del art. 706 autoriza la extensión del testamento en papel común, porque la identidad del año del otorgamiento de aquél ha de resultar comprobada de las diligencias extendidas sobre la cubierta ó sobre cerrado, por el Notario, testigos y testador, sin que importe que el último prescinda de la justificación de ese extremo.

Parece algo superflua la exigencia de haber de indicarse en la escritura testamentaria el lugar, día, mes y año en que se extiende, cuando estos mismos particulares, y algún otro con ellos relacionado, se han de consignar forzosamente en la cubierta. Sin embargo, tal requisito no huelga, como erróneamente cree algún comentarista del Código. En primer lugar, puede ser de notoria y oportuna utilidad cuando, declarado nulo un testa-

mento cerrado por no haberse observado en él las solemnidades de rigor, ó cuando no llegara á ser presentado ante el Notario y testigos, valga, según acabamos de ver, como ológrafo, si reúne los demás requisitos prevenidos para éste, entre los cuales ya sabemos que uno de los más principales é ineludibles es el relativo á la determinación del día, mes y año, y en ese caso ya puede comprenderse la ventaja que proporcionará el poder aprovechar ese escrito, ya que no como forma cerrada de testar, subsidiariamente como forma ológrafa, evitando también de esa manera el que fallezca intestado quien lo escribió. Además, la designación del día, mes y año en la primera escritura testamentaria podrá, en ocasiones, servir de punto de partida para aclarar dudas que pueda ofrecer la inteligencia de sus cláusulas y para interpretar, con arreglo á las condiciones de tiempo en que el testador escribió su última voluntad, las diversas disposiciones que ésta comprenda.

Por lo demás, nos parece indudable que la capacidad legal para otorgar testamento cerrado es preciso referirla al momento en que el testador presenta aquél al Notario y testigos, diciendo que contiene su última voluntad; es decir, al segundo momento á que antes nos referíamos, y que regula el art. 707. Bajo este supuesto, la designación de hora, día, mes y año, á que se refiere el núm. 6.º de dicho artículo, es aún más esencial que la requerida en el primer momento, ó sea el del art. 706; por eso en el 707 hasta se exige que se consigne la hora, previéndose también el que se hubiera otorgado otro testamento en el mismo día, y uno ú otro hubiera de ser revocado por el posterior en el orden del tiempo.

La tesis que sostenemos induce, claro es, á tener que admitir como válido un testamento cerrado escrito, por ejemplo, en un momento de locura del testador ó cuando aún no hubiera cumplido la edad de catorce años, siempre que cuente con testamentifacción activa en el instante en que se presente con el pliego cerrado ante Notario y testigos, manifestando que allí se encierra su testamento. Pero esto es inevitable; y además tiene su explicación. El testador que trata de que permanezca secreta su última voluntad, la escribe, á solas, por sí mismo ó con ayuda de tercera persona, cuando bien le parece y en la forma que mejor orea. Hasta el momento en que ha de solemnizarla,

según manda el art. 707 del Código, claro es que puede examinarla, corregirla ó aceptarla tal como fué dictada de primera intención. Llegado dicho momento, se entiende que el testador conoce perfectamente lo que consta escrito y encerrado en el pliego, haciéndolo suyo en aquel acto y aceptando todas sus consecuencias. De modo que entonces es cuando realmente testa; cuando eleva á la categoría de testamento lo que antes era más que una minuta, un proyecto de última voluntad, un acuerdo tomado en momento de alucinación mental ó sin reflexión bastante. Lo propio ocurre en la forma pública ó abierta de testar, cuando el testador presenta borrador escrito, con arreglo al cual ha de ser redactado el testamento por el Notario, pues hasta que esto último no se hace, no hay en realidad nada de última y solemne disposición. En la forma cerrada, el testador, al presentarse al Notario y testigos, diciendo que en el pliego que muestra existe su testamento, subsana, purifica, digámoslo así, todas las deficiencias, todas las imperfecciones que, respecto á la capacidad legal para testar, concurrían en el testador cuando é solos exteriorizaba su voluntad testamentaria.

Por otra parte, el art. 688 estatuye que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle *al tiempo de otorgar el testamento*; y ese tiempo, según el artículo 707, que luego examinaremos, tratándose del testamento cerrado, coincide con el momento segundo de éste, á que antes nos hemos referido, porque en el comienzo de dicho precepto se declara: *«en el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes.»*

Por lo expuesto creemos inútil é improcedente terciar en la discusión que mantienen algunos jurisconsultos extranjeros sobre cuál de los dos momentos expresados es el más esencial, tratándose de acreditar el perfecto disfrute de la testamentifacción activa. En el Derecho positivo español, al menos, opinamos que no puede sostenerse otra teoría que la anteriormente expuesta.

Muchas de las observaciones que expusimos al tratar de las solemnidades del testamento ológrafo pueden aplicarse al presente momento como reglas y consejos que no deben desatenderse al redactar el escrito que ha de ser después testamento cerrado, porque, repetimos, entre el primer momento de éste, cuando el testador escribe de su puño y letra y firma su última

rancia é impotencia, para escribir por sí mismo. En el primer supuesto, le exige el legislador que ponga su firma entera en todas y cada una de las hojas de lo escrito, precaución ésta que aconsejamos se emplee en el testamento ológrafo, aunque no lo exija el legislador, para mejor asegurar la identidad de la disposición testamentaria y evitar la suplantación de cualquiera hoja de la misma. Esta formalidad, además de la exigencia de que el testador firme al pie del documento, indica que aquél sabe en ese caso escribir, y sólo por otra clase de motivos acude al auxilio de una tercera persona. Esas firmas indican también que el testador ha leído lo que aquélla por su orden ó al dictado escribió, y que se conforma con lo escrito.

Cuando el testador ni sabe ni puede firmar, la intervención de esa tercera persona es ya de todo punto necesaria, porque sin ella aquél no podría otorgar testamento cerrado, sino únicamente el público ó abierto. Como entonces media la imposibilidad física del testador para escribir, lo sustituirá en todas las funciones el amanuense, quien firmará al final del testamento, siendo suficiente que rubrique cada una de sus hojas, según dispone el último párrafo del art. 706. Recordando á este propósito lo que dijimos al tratar del testamento ológrafo, opinamos que si se acreditara el extremo de que, aun habiendo manifestado el testador al escribir su testamento, que ni sabía ni podía firmar, no dijo la verdad sobre el particular, y apareciesen firmas suyas perfectamente extendidas en documentos de igual fecha, la disposición testamentaria no por ello se anularía, porque, como en el testamento cerrado, existe otro momento que puede considerarse de ratificación de la escritura privada contenida en el pliego cerrado que se presenta, si el testador manifiesta clara y solemnemente entonces que su última voluntad es la que, bajo sobre ó cualquiera otra cubierta, muestra ante los ojos de Notario y testigos, quedaría por esta sola circunstancia desvirtuada dicha prueba y el testamento recobraría toda su plena eficacia, á no ser que lo impidieran otros motivos de nulidad. A precaver los riesgos que de la contingencia expuesta pudieran sobrevenir obedece el que el amanuense explique ó consigne en el cuerpo del escrito la causa de la imposibilidad en que el testador se encuentra para no firmar el testamento.

De lo manifestado deducimos, como una importante regla de

que haya quien pueda poner su firma, y sin embargo, desconozca las reglas de la escritura. Unicamente, como ya más adelante veremos, tienen perfecta incapacidad para otorgar esa clase de testamento los que no saben ni pueden leer.

El último párrafo del art. 706, al autorizar aun á los que no sepan firmar para testar en forma cerrada, confirma enseñanzas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que á su vez pusieron fin á la tan ventilada contienda mantenida por tratadistas demasiado escrupulosos, sobre si, con arreglo á las leyes de *Toro*, después que éstas vinieron á aclarar y armonizar el sentido del Derecho de *Partidas*, estaba facultado para otorgar testamento cerrado quien no supiese escribir. Pacheco, Gutiérrez, Llamas, Gómez de la Serna, Escribano, Febrero, Morató, Sánchez de Molina, Matienzo, Burgos de Paz y algunos otros más modernos, han esgrimido sus armas y aguzado su ingenio de interpretadores de la ley en pro de cada opinión, estimando cada bando de diversa manera el sentido de la legislación de *Toro*, al venir á derogar ó modificar el organismo testamentario hasta entonces vigente. La discusión cesó de tener valor alguno práctico cuando el Tribunal Supremo, en 6 de Abril de 1877, dijo «que la sentencia que declara válido el testamento cerrado hecho por el que no sabe escribir al leer, no infringe la ley 2.^a, tít. XVIII, libro X de la *Novísima Recopilación*, puesto que ésta no prohíbe que firme la escritura del testamento, por el testador que no sabe hacerlo, uno de los testigos que intervengan en su otorgamiento; y antes bien, después de ordenar que lo firmen testigos y testador, «si supieren y pudieren», dispone á seguida, y si no supieren y el testador no pudiera, comprendiendo respecto á éste los casos de ignorancia y de impotencia, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas y mas el signo del Escribano, sin hacer tampoco distinción alguna de testigos y testador: Además, no ofreciendo duda alguna que la referida ley recopilada no tuvo otro objeto ni se propuso tampoco más que establecer la solemnidad externa de los testamentos, es improcedente, por carecer de todo apoyo, la deducción que se haga para afirmar

que, según aquella, no puede testar por escrito el que no sabe escribir, cuando no se trata en ella de la capacidad del testador, sino de la solemnidad del testamento; y existiendo y estando vigente la ley de Partida que declara este derecho, debió haberlo derogado con claridad y precisión». La sentencia de 7 de Marzo de 1888 confirmó la anterior, declarando que la *ley 8.ª de Toro* no prohíbe otorgar testamento cerrado al que no sabe escribir; antes por el contrario, resulta de sus términos que está permitido por la ley de Partida. Igual doctrina encontramos en la reciente sentencia de 26 de Octubre de 1889, en la que se añade que dicha *ley de Toro*, que es la 2.ª, *tít. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación*, permite que los testigos firmen los unos por los otros y por el testador, comprendiendo los dos casos de ignorancia ó de impotencia, en que el otorgante no sabe ó no puede firmar. Es, por tanto, inoportuna é innecesaria la discusión á que antes aludimos mantenida por ciertos tratadistas todavía después de la publicación del primero de los referidos fallos.

De suerte que, resumiendo, el primer acto del testamento cerrado puede llevarse á cabo:

- a) Por el mismo testador, tanto la redacción como la suscripción de la escritura.
- b) Por una tercera persona ó amanuense, cuando así lo desea el testador y á ruego del mismo, pero firmando éste todas las hojas y al final.
- c) Por esa tercera persona, cuando el disponente no sabe ni puede escribir.

En estos tres casos han de cumplirse además todas y cada una de las formalidades prescritas en el art. 706 del Código.

* *

Tenemos ya el testamento escrito, pero no otorgado. Para elevarlo á la categoría de testamento cerrado, eficaz y valedero, es preciso darle el complemento necesario, con el que se le distingue de las demás formas de testar. Primero hay que cerrarle, porque por eso se llama testamento secreto; y cerrarle de modo que la apertura del mismo sea imposible hasta que no se haga como manda la ley de Enjuiciamiento civil, ó por lo menos sea de difícil realización y pueda dejar huellas conocidas. Antes de ese mo-

de importancia, que sus pretensiones y esperanzas no resulten fácilmente defraudadas. Contra las habilidades criminales é inventos arteros es imposible casi en absoluto precaverse por completo. Para evitarlos en mucha mayor parte, el Código portugués (artículo 1.922) sigue un sistema distinto del nuestro. Ordena dicho Código que acto seguido de haber hecho el testador ante Escribano y testigos la manifestación de que el escrito que presenta es su última voluntad, el mismo Escribano, siempre en presencia de los testigos, viendo el testamento, pero sin leerle, levante un acta de aprobación, principiando á continuación de la firma del testamento y continuando sin interrupción en la misma página y siguientes: Entre otros de los particulares que han de consignarse en dicha acta están el de citar el número de páginas que contiene, si existe ó no algún borrón, entrelíneas, enmiendas ó nota marginal y, finalmente, que el testador mismo presentó el testamento en la forma que la ley ordena.

A ese mismo efecto proponía el Senador español D. Luis Silvela, al discutirse nuestro Código en la Alta Cámara, que se hiciesen dos testamentos enteramente iguales y se entregasen á distintas personas, á fin de que si uno se rompía ó perdía, el otro no se perdiera ni rompiera, evitándose así el que mediante la rotura de la cubierta del testamento, una persona tuviese en su mano conseguir que otra muriera intestada.

El eximio jurisconsulto D. Augusto Comas, en la misma ocasión, afirmaba que, según el Código, toda la garantía, toda la seguridad, toda la salvaguardia del testador en el testamento cerrado está en la cubierta, á pesar de lo cual y del cúmulo de requisitos que la ley exige que han de cumplirse en aquélla, el hecho de que aparezca rota después de la muerte del testador implica la nulidad de la última voluntad. Cuyas observaciones, de indudable exactitud y oportunidad, nos indican cuán desprovisto de garantías suficientes se halla el primer momento del testamento cerrado y cuán indispensable debe parecer que se extremen los mayores cuidados posibles para que el cierre del pliego testamentario se haga previniendo toda clase de peligros.

No ocurre en la actualidad lo que en el pueblo romano, donde cada ciudadano sellaba sus documentos con el anillo ó sello que llevaba consigo, siendo éste un medio de dar mayor autenticidad á sus firmas. El sello á que aluden los dos primeros párra-

que tiene asignado, salvas las contadas excepciones previstas por dicha legislación. Los testigos, ya expresa la citada regla que han de ser idóneos, lo cual supone, como sabemos, que han de reunir todas las condiciones prescritas en el art. 681. Otra condición se exige, y es que de los cinco, tres por lo menos han de poder firmar. El número de los mismos requerido para el testamento cerrado representa, como dice el Sr. Goyena, en sus *Comentarios al proyecto de 1851*, una transacción entre el número que pedía nuestra legislación de Partidas y el que todavía rige en las provincias de Derecho foral. Teniendo presente además que,

como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Junio de 1866, el objeto de la intervención de los testigos en los testamentos no se llena del mismo modo en los abiertos que en los cerrados, puesto que los de los primeros tienen que enterarse y dar testimonio de cuanto en ellos se dispone, mientras que los de los segundos no son llamados más que para oír la fórmula del otorgamiento, hecho aislado é independiente del contenido del testamento.

Según la sentencia de 6 de Febrero de 1866, habiendo exceso de testigos, queda el testamento válido si concurren á él los señalados por la ley, aunque se eliminen por alguna tacha los que sobrasen del número legal.

Tanto los testigos como el Notario han de limitarse exclusivamente á certificar de que han oído al testador manifestar los extremos que refiere la regla 3.^a del art. 707, aunque al Notario le corresponda después inspeccionar si se han cumplido las solemnidades de carácter general y las propias solamente de la forma de testar que estudiamos.

La expresión solemne del testador de que el pliego que presenta contiene su voluntad, del propio modo que las manifestaciones relativas á si aquél se halla en su totalidad escrito, firmado y rubricado por el que habla, ó si está escrito de mano ajena y firmado por él al final y en todas sus hojas, ó si, por no saber ó no poder firmar, lo ha hecho á ruego suyo una tercera persona, serán las ideas cuya expresión habrán de oír y entender perfectamente los testigos y el Notario; por tanto, es indispensable que se profieran en un idioma para todos inteligible, importando muy poco que sea el mismo ó distinto del empleado en las cláusulas testamentarias secretas, porque éste lo elegirá libremente el testador: Para traducirlo ya en su día y por quien corresponda, se adoptarán las medidas procedentes. Las Partidas, en una de las leyes anotadas en los *Precedentes legales*, ya nos dan sobre el particular la fórmula sacramental, que bien puede aplicarse á los presentes momentos: «yo, *Fulano*, otorgo que *fixe este testamento en la manera que está escrito en esta carta.*»

El Sr. García Goyena, al comentar el art. 569 del proyecto de Código de 1851, parece que juzga innecesaria la manifestación del testador de haber escrito él ó persona ajena el testamento que presenta; y al efecto pregunta si no resultará esa circunstancia del

31

la

la

de

lo

y

ra

no

o,

li-

el

g-

en

no

el

la

es-

testador dijo que de su propio puño y letra fué escrito todo su testamento. No hay duda de que de esta manera se impide algo más el éxito de los propósitos codiciosos y malas artes de los que pretendan por medios hábiles suplantar cualquiera última voluntad. Si, como puede suceder, existiera una disparidad sobre el particular, entre la resultancia del acta notarial de la carpeta y la manera de estar escrito el pliego, el Juez que llegare á conocer del correspondiente litigio declarará nulo el testamento que se encontrare en esas condiciones. Por esto dice un tratadista español, confirmando nuestro criterio, que la manifestación referente á todos estos extremos (los mencionados) ha de ser consignada literalmente en el acta del otorgamiento, con el objeto de que entre ésta y el testamento resulte la relación necesaria que garantice la verdad y certeza de lo dicho por el testador, evitando así la suplantación que de algún extremo pudiera hacerse y la nulidad del testamento.

De todo lo que suceda desde la presentación del pliego por el testador, ha de dar fe el Notario, narrándolo sucintamente en la cubierta del testamento. Aunque el acta que con tal objeto se extienda ha de comprender pocos particulares, sin embargo, bien puede ocupar un espacio de diez ó doce renglones, por lo menos de la longitud de los empleados en los pliegos en que se suelen

extender los documentos notariales. Por tal razón, el sobre, cubierta, carpeta ó envoltura del testamento conviene que ofrezca un espacio suficiente para que en el acta puedan consignarse todos los particulares á que se refiere el art. 707, procurándose que, por falta del necesario espacio, no haya de privarse el Notario de hacer una detallada y clara, aunque sucinta, noticia de lo que, omitido ó confusamente declarado, pudiera muy bien en su día contribuir á la anulación de todo el testamento. Utilícense, pues, solamente carpetas ó sobres en que el Notario pueda acreditar debidamente el cumplimiento de su misión, y donde puedan además colocarse holgadamente las firmas del testador, Notario y testigos, los cuales ya sabemos que han de ser siete, además de la designación del lugar, día, hora, mes y año del otorgamiento.

El art. 707 no exige más que el testador, en el caso que corresponda, manifieste que el testamento fué escrito á su ruego por *otra persona*, sin obligar á que se diga el nombre de ésta. Sin embargo, asintiendo al consejo que algunos comentaristas con este motivo formulan, recomendamos á todo testador que indique ante Notario y testigos el nombre de la persona ó personas que en calidad de amanuenses ó con otro objeto hayan intervenido en la redacción de la escritura encerrada en el pliego, con el fin de que en su día, si fuere necesario, dichas personas proporcionen datos respecto de la autenticidad é integridad del testamento. Y, bajo tal supuesto, el Notario habrá de dar fe igualmente de esa manifestación.

Las demás precauciones que refiere la regla 4.^a del art. 707, y que han de aparecer asimismo reseñadas en la mencionada acta, tienden á dejar bien determinado el estado en que el Notario recibe el pliego de manos del testador, para que, en su día, pueda por esa reseña deducirse si hubo alguna alteración, fractura ó propósitos de quebrantamiento de la carpeta y su contenido. Entonces, y por la necesidad de tener dicho funcionario que dar fe de la observancia de las solemnidades establecidas anteriormente por los artículos 706 y 707, es cuando puede oponer su veto al modo cómo aparezca hecho el cierre del pliego testamentario, aunque el testador lo considere á su satisfacción y gusto. El Notario ha de salvar siempre su responsabilidad, y justo es que tenga modo de librarse de ella cumpliendo con los deberes de su

Si el testador, al manifestar en el acto del otorgamiento que el contenido del pliego es su última voluntad, con las demás circunstancias exigidas respecto á la persona ó personas que la escribieron, firmaron y rubricaron, no puede expresarse en idioma español, será aplicable el art. 684, y por tanto, aun tratándose de un acta cual la que ha de extenderse sobre el pliego cerrado, en vez de escribirla dos veces como dispone dicho artículo, refiriéndose indudablemente á los testamentos ológrafo y abierto, deberá consignarse en ella la manifestación oral del testador en el lenguaje extranjero que éste use, y, además, la traducción hecha por dos intérpretes elegidos por el mismo testador. La obligación de escribir el testamento en las dos lenguas, en todo caso tendrá lugar cuando el testador extienda, en el pliego que ha de cerrarse y sellarse, su última voluntad. Tal nos parece el más adecuado procedimiento para respetar, aun en el caso sobre que discurrimos y sin contrasentido de ningún género, la disposición general del art. 684, la cual fué dictada, seguramente, teniendo el legislador en la imaginación el testamento abierto ó el ológrafo.

No se pierda nunca de vista que en el testamento cerrado, aunque el acto que quizá más le caracteriza y por el cual recibe su eficacia es el llamado por el art. 707 «otorgamiento», sin embargo, cuando se habla de escribir ó extender su testamento el testador, se alude, sin duda alguna, al primer momento en dicha forma de testar, ó sea el que regula el art. 706. Por esto cuando el 684 exige que el testamento se escriba en las dos lenguas, se refiere á la escritura que extiende el testador por sí solo ó valiéndose de una tercera persona. En el primero de esos momentos, aquél no puede expresarse más que por escrito; en el segundo producirá sus manifestaciones oralmente, y el Notario, en forma sucinta, las recogerá y escribirá en el acta.

También ha sufrido una modificación al pasar á la última edición del Código la regla cuarta del art. 707 acerca de la capacidad legal necesaria para otorgar testamento, de que ha de dar fe el Notario, á su juicio; aditamento este último que en la anterior edición no existía, y requerido para armonizar el sentido de dicha regla con el de los artículos 685 y 695, también modificados en la propia forma. El proyecto de 1882 decía que el Notario diese fe de que el testador se hallaba en su cabal juicio

n. Cuanto debe expresarse respecto de dicha ya expuesto en el comentario de los men- y 695.

redacción del acta podrá el Notario valerse ó sistema que más conveniente le parezca, compendiosa y clara recoja todas las presen el contexto de ella han de quedar cumredacción, el Notario la leerá á los presenedar dispensado del cumplimiento de este ar que advirtió al testador y testigos del ira leer por sí lo escrito, y lo renunciaron; rial que sus disposiciones no se aplicarán, emos, á los testamentos, y al exigir el Cólos mismos ó de las actas que los autorizan acerla el propio Notario, sin hablar de exnsablemente procede respetar ese mandato á concebido.

strada la conformidad con la misma de los 1, el testador y los testigos firmarán; y adeas cuando corresponda aplicar el artículo

ya citado 691, para el testador y los testigos que no conozcan el idioma español. Los testigos que sepan firmar pondrán cada uno su nombre y apellidos, y por los que no sepan, firmarán los que sepan, pero cuidándose, no de hacer constar simplemente esta circunstancia en el acta, sino de que al final cada testigo de los que saben firmar repita la firma por cada uno de sus compañeros á quienes sustituya en esa tarea, con la antefirma que exprese ese extremo, ó sin ella cuando ya se haya hecho constar esto en el cuerpo del acta. De suerte que se habrán de reunir, por lo menos, siete firmas, aun cuando el testador, por no saber firmar, sea sustituido por otro testigo.

La circunstancia de que el testador no sepa ó no pueda firmar ha de mencionarse especialmente en el acta, de la propia suerte que se hace en el testamento público; y por tanto, esa diferencia existirá con relación á los testigos, respecto á los cuales bastará que, en antefirma, los compañeros que firmen por ellos digan «por el testigo Fulano de tal que no sabe, ó no puede firmar». Y como ya hemos dicho en otra parte, conveniente sería, respecto al testador, que cuando el no firmar obedeciera á imposibilidad, se

expresaran concretamente los motivos que la produjeran para esclarecerlos en su día, si llegara la ocasión oportuna.

Por último, la designación del lugar, día, hora, mes y año del otorgamiento debe hacerse con toda la posible claridad y procurando que lo escrito con tal objeto no llegue á ser adulterado. Hemos demostrado ya cuánta transcendencia representan esas formalidades para los efectos ulteriores de los distintos testamentos que hasta la hora de su muerte puede otorgar el testador, para el discernimiento de la capacidad legal del mismo y de las circunstancias diversas en que entonces manifestara su voluntad y para poder interpretar ésta debidamente con arreglo á las condiciones de tiempo y lugar.

Con lo examinado no terminamos la enumeración y análisis de las solemnidades requeridas para el testamento secreto. En comentarios posteriores continuaremos esta tarea.

ART. 708. No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan ó no puedan leer.

Concordancias.—Conforme con el art. 662 del proyecto de 1851 é igual al art. 706 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los del art. 698.*

COMENTARIO.—El Código, antes de continuar exponiendo las demás solemnidades que han de completar el testamento secreto, eficaz y obligatorio, enumera dos casos: el uno negativo (art. 708), y el otro positivo, pero con limitaciones (art. 709).

La doctrina que encierra el primero de ellos estaba implícitamente comprendida en la legislación anterior, principalmente al regular las condiciones de la clase de testamento que el ciego podía otorgar, y á que nos hemos referido extensamente en el comentario del art. 698. El Derecho romano tampoco, según dijimos, permitía al ciego hacer otro testamento que el nuncupativo. La incapacidad relativa á los que no saben leer la encontramos ya en la *Constitución 25, tit. XXIII, libro VI del Codex Iustinianus*.

Los motivos que aconsejan la prohibición del art. 708 son co-

LAS SUCESIONES

ne no saben ó
en esta última
te á los privac

¿querrá darse á entender la existencia de ciegos pueden leer, aunque sea por medio de los sistemas para la educación de esos desgraciados? No es lo enterarse del testamento por sí mismos, con la ayuda del tacto, en ellos desarrollado extraordinariamente que se les incapacite para testar en la forma cerrada ciegos como á los que no saben ni pueden leer ni cerciorarse de si las terceras personas de quienes valerse escribían lo que ellos les dictaran, y con el momento cerrado, en su primer momento, no interviene el testador y el amanuense ó personas que le ayudan en la tarea de escribir, no habría modo de establecer garantías para evitar el engaño de que en el pliego luego de cerrarse se consignara cosa distinta de la que el testador quisiera, sin quebrantar, por otra parte, la naturaleza de esa forma de testar. Porque en el testamento cerrado, como se otorga en un solo momento y con precaución de la lectura de lo escrito, primero por el testador y después por un testigo ó persona de la confianza que garantiza á éste, de la manera relativa que puede admitirse la imperfección de las cosas humanas, de cualquier dolo que contra su última voluntad pudiera intentarse: Y todas las demás solemnidades se reducen al solo instante del otorgamiento, que es al que con especialidad se dirigen las atenciones y medidas de precaución.

Pero en el testamento cerrado no bastaría con que que no supiese ó no pudiese leer se penetrara de la que el escrito testamentario contenía su última voluntad. El pliego cerrado de testar: después de puesto los sellos no quedarían igualmente seguras esas por el pliego pudiera con habilidad ser sustituido por otro momento en que se realizase la entrega ante el Notario sea cuando se verificara el verdadero acto del otorgamiento.

No por ello quedan desheredados de la facultad de testar los ciegos y los que no lean por impotencia ó por ignorancia, según ya sabemos, en forma nuncupativa.

Según el art. 708 es una incapacidad relativa de testar, que, por tanto, no pudo ser incluida al lado de las prohibiciones del artículo 663.

La doctrina que se deriva del art. 708 y de los dos que le preceden, comprende el caso de que una persona sepa leer pero no escribir; Fundándose en esta posibilidad autorizan para que firme por el testador otra persona ó un testigo de los del otorgamiento. Esto obedece á que la realidad ofrece casos, aunque los menos, de sujetos que saben deletrear y hasta leer, aunque incorrectamente, y, sin embargo, no escriben ó no saben poner su firma.

En cambio, el que sabe escribir, es seguro que lee por lo menos lo que escribe; mas el que pone su firma bien puede no saber leer, á pesar de cuya habilidad de dibujante no está facultado para otorgar testamento cerrado. Lo esencial para éste es el que se descifre la lectura, sépase ó no escribir, sépase ó no firmar. El testador, aun testando por medio de otro individuo, tiene de quedar tranquilo y seguro de que lo dicho en el pliego cerrado es efectivamente lo que él quiso que se consignara, pues en otro caso hablaría y diría públicamente cuál era su última voluntad.

Los tratadistas, principalmente extranjeros, discuten el punto de si el arte de la lectura ha de requerirse con referencia á documentos manuscritos ó impresos; es decir, si para testar en forma secreta se ha de saber leer letra manuscrita ó impresa. Los jurisconsultos franceses Grenier, Duranton y Troplong opinan que debe exigirse conocer la lectura de manuscritos. Marcadé, Bin Delisle, Demolombe y otros distinguen los casos en que la forma testamentaria se extendiera en caracteres gráficos, de los que esté extendida en caracteres estampados ó tipográficos; y fijan la incapacidad ó capacidad en cada uno de los respectivos casos para otorgar testamento secreto. Á nuestro entender, en el Código español no puede haber cuestión porque si en teoría podíamos gustosos suscribir á una de esas opiniones, en los términos del Derecho positivo no es posible sostener otro criterio que el que nace de la recta y clara inteligencia de los preceptos legales. La capacidad de leer ha de referirse á los documentos manuscritos, porque el art. 706 no permite otras formas de testamento cerrado que tres: una la que puede escribir en totalidad por sí mismo el testador, otra la que un amanuense, á su ruego,

ra la que *escribe* tercera persona, puede hacerlo. Además, el testamento persigue el Código español, de individualización de la letra

la ceguera como la impotencia
le existir en todos los instantes
ibidamente y contra ley pudo re-

daetarse el testamento por una tercera persona hasta que se extienda el acta de otorgamiento. Porque si, por ejemplo, se escribe una cédula testamentaria á ruego de un testador que no sabe ni puede leer, con el propósito de convertirla en testamento secreto, y con el transcurso de algunos meses, durante los cuales no se hace la entrega del pliego cerrado y sellado á Notario y testigos, el autor de ese proyecto de testamento recupera la facultad de poder leer, cuyo ejercicio tenía en suspenso por una dolencia, ó aprende lo que antes ignoraba, á contar de dicho momento y antes de la otorgación propiamente dicha, está en condiciones de cerciorarse de si lo escrito obedece con fidelidad á lo que él manifestó al amanuense: Por lo tanto, aunque se probara que en el momento mismo de la extensión del testamento, su autor no sabía ó no podía leer, si después supo y pudo, antes del acto de la entrega y del otorgamiento, y esto también se acredita, la disposición testamentaria, aun impugnada de nulidad, por ley de lógica y por el sentido racional de los preceptos que estamos examinando, tendría en justicia que ser considerada validera, eficaz y otorgada con todas las solemnidades por el Derecho exigidas. Y no importa decir que el art. 708 no distingue de momentos en los que no se sepa ó no se pueda leer; aquí no cabe ese argumento de interpretación, porque ya hemos repetido en el transcurso del presente y del anterior comentario que el testamento cerrado se compone de dos esenciales momentos, perfectamente separados é independientes, los cuales alguna vez es necesario unir, aunque no sea más que idealmente, como sucede en el caso de que venimos tratando, y otras separar, cual acontece al resolver el interesante problema de la capacidad legal que ha de requerirse al otorgar esa forma de testar.

De la misma suerte, el ciego que al tiempo de escribirse el testamento por la tercera persona está imposibilitado de leer lo

conocimiento exacto de las impresiones que recibimos del mundo exterior y para comunicarnos con nuestros semejantes, supongan restricciones en la formalización de los testamentos de los que sufran estas desgracias, tan dignas de legítima compasión y de auxilio. Por esto, en todas las legislaciones se encuentran medidas de excepcional alcance y significación, tratándose de los testamentos que hayan de otorgar los sordos y los sordomudos; comprendiendo, por otra parte, que sería antihumanitario negar á éstos por entero la testamentificación activa, cuando los peligros consiguientes á su estado pueden evitarse dentro de los límites de lo posible, sin que padezca por eso el principio de la autenticidad y seguridad de las últimas voluntades.

Ya hemos dicho que el sordomudo y el que no puede hablar, pero sí escribir, cuentan, aun en medio de todo, con el sentido inapreciable de la vista, porque puede decirse que el que ve bien, deduce en muchas partes los efectos y hasta expresiones de aquellos con quienes se comunica ó de los que tiene á su alcance visual, proporcionando á los otros sentidos datos de verdadera importancia; y aun sordo, y aun mudo, cuenta, sobre todo sabiendo escribir, con medios para proceder en las relaciones sociales y en el manejo de sus intereses de manera segura relativamente y no tan expuesta á fraudes y sugerencias de la codicia ajena. Por esto, mientras resulta difícil, si no imposible, excogitar un procedimiento para conseguir que un ciego pueda dictar en términos convenientes un testamento que ha de mantenerse secreto hasta que realmente se otorgue ó se solemnice, parece más hacedero proporcionar á los mudos y sordomudos el consuelo de transmitir sus últimas manifestaciones testamentarias con todas las precauciones que su estado requiere; sobre todo si pueden exteriorizar sus pensamientos por la escritura, que equivale, por completo, al lenguaje hablado, porque si en éste, el órgano de expresión es el aparato lingual, en aquél es la pluma.

El Derecho romano sólo vedaba el ejercicio de la facultad de testar á los sordomudos de nacimiento, pues, como dice el referido párrafo de las Instituciones justiniáneas, suele suceder que algunos hombres, aun letrados y eruditos, pierden por diversos accidentes la facultad de oír y de hablar, y no es justo que se les niegue el poder hacer testamento, aunque con determinadas restricciones. Éstas aparecen reguladas en [el § 4.º, libro XXVIII,

la *Constitución 10, libro VI, tit. XXII* del que se deduce que el sordomudo puede testar. Esa misma doctrina contiene la ley de Partidas *precedentes legales*; regulando el mismo principio correspondientes de los proyectos de 1851 y el Código civil que es objeto del presente *Comentario*. La única condición que se desprende de todo el texto es para testar en forma secreta, tanto el sordomudo como el mudo; si el primero no tenga sólo el último de esos defectos, es el mudo. De lo cual se deriva que los des-

graciados que no sepan ni puedan escribir carecen de capacidad para otorgar toda clase de testamentos, y están, por tanto, incurso en incapacidad absoluta de la índole de las que menciona el art. 363: No pueden hacer testamento ológrafo porque les es imposible escribirlo de su propio puño y letra, como exige el Código; tampoco el abierto, porque carecen del don del lenguaje para comunicar oralmente las ideas, que luego el Notario había de reducir á escrito; ni, por último, el testamento cerrado, porque, aunque fuera posible que un tercero se lo escribiera á ruego suyo, ni á éste podría comunicárselo, ni tampoco al Notario y testigos el dicho solemne de que en el pliego cerrado que presentaba se encerraba su última voluntad. Y los testamentos por señas, aun tratándose de extremos de tan difícil explicación y complicados como los necesarios para transmitir el peculio de cada persona, no pueden autorizarse sin extraordinario riesgo, mientras no se perfeccionen los sistemas educativos de los sordomudos y los mudos y se evidencien, sobre todo, sus resultados prácticos. No es el idioma de las señas el lenguaje de los testamentos.

También se deduce de la redacción dada al art. 709 que no entran en su esfera los simplemente sordos; éstos pueden otorgar toda clase de testamentos, y el cerrado lo harán, ya escribiéndolo por sí mismo, ya por su orden un tercero, aunque firmando los primeros, y rubricando todas las hojas, ó ya el amanuense en su totalidad, por no saber ó no poder el testador.

El art. 709 engloba las especialidades que el legislador ha sido prudente establecer en la forma excepcional de testar de que tratamos, tanto en lo que se refiere al primer momento como al segundo del testamento cerrado. La primera especialidad

alude á dicho primer momento, é indica que esos testamentos han de ser ológrafos, escritos en su totalidad por el sordomudo ó por el que no pueda hablar. Se prohíben, por tanto, las autorizaciones establecidas por el art. 706 relativas á escribirse el testamento por medio de terceras personas, ya voluntariamente ó ya por imposibilidad de hacerlo por sí mismo el testador. No cabe presentar la excusa de que no puedan escribir los sordomudos ó mudos en el momento en que van á exteriorizar su última voluntad; en ese caso queda en suspenso la excepcionalidad que regula el art. 706 hasta que se recobre la posibilidad de escribir; y si ésta no se obtiene, tales personas quedan excluidas en absoluto de la testamentificación activa.

El encabezamiento del art. 709, aun comprendiendo varios términos, virtualmente alude á los que carecen del don de la palabra, ya desde el nacimiento ó ya por consecuencia de una enfermedad adquirida; porque las precauciones que se adoptan envuelven toda la tendencia de sustituir los recursos con que cuenta el que puede valerse del lenguaje articulado; es decir, las nuevas reglas que el Código sigue, y que difieren en algo de las normales de los artículos 706 y 707, van dirigidas al mudo que sepa escribir; por esto algunos Códigos extranjeros, en los preceptos que concuerdan con el nuestro que examinamos, mencionan los sordomudos y los mudos y el proyecto de 1851 se refiere en general á los que no pueden hablar, pero sí escribir.

Algunos comentaristas, al llegar al examen del núm. 1.º del artículo 709, observan que éste omite la particularidad relativa á que el testamento ha de ser rubricado en todas sus hojas por el testador, ya que lo restante de dicho artículo no hace si no referencia al art. 707, donde únicamente se trata de las solemnidades que han de concurrir en el acta del otorgamiento. Parece indudable que el legislador intencionalmente ha excusado á los sordomudos y mudos de la práctica de ese requisito. No está de más, sin embargo, que en sus testamentos rubriquen todas sus hojas aquéllos para mayor garantía; y con seguridad que esto no daría lugar á la nulidad de la disposición testamentaria. De todos modos, presupuestas y cumplidas las demás formalidades que determina el art. 709, convenimos con el Sr. Navarro Amandi en que la precaución referida de las rúbricas no lleva en sí gran transcendencia.

de Julio de 1847, que resuelve indirectamente esta duda en sentido negativo, ó sea no exigiendo entonces especialidad alguna al mudo ó sordomudo, porque se dice que las formalidades de que la ley rodea la confección de los testamentos tienen todas por objeto asegurar la sinceridad de los mismos y evitar los fraudes consiguientes; así, el art. 978 del Código francés declara incapaces de hacer un testamento místico á los que no saben ni pueden leer, porque la lectura significa el único medio de adquirir la certidumbre absoluta de que la escritura que presenta el testador es en efecto obra suya: El legislador ve también en ello una garantía para dicho testador al regular la facultad de expresión de su pensamiento; pero ningún texto exige que esta facultad de expresión exista en el momento en que se confecciona el acto de última voluntad; por consiguiente, sólo cuando dicha garantía no exista es preciso adoptar las precauciones que la ley indica para reemplazarla. Aunque esta resolución comprende caso más general que el concreto propuesto antes por nosotros, los principios que sirven para resolver aquél explican perfectamente la solución que creemos debe darse racionalmente al segundo.

En efecto: sabiendo leer el mudo ó sordomudo, aunque no escribir, puede conseguir en una forma ú otra, ó tolerar que un tercero redacte y manusciba el proyecto de su última voluntad. Enterado de ella perfectamente el que sin ningún recelo puede atribuirse el carácter de testador y aceptar las lógicas consecuencias que de él se desprenden, tiene siempre razón y momento para aprobar lo que el tercero ha hecho por él ó desaprobarlo, no haciendo caso alguno de lo que se le propone. De todas suertes, ese embrión, digámoslo así, de testamento no tiene por sí solo consistencia ni eficacia de ningún género. Pero llega el momento en que tal individuo quiere testar, ó mejor dicho, solemnizar su testamento, y en ese acto, contando con el completo y expedito uso de su aparato lingual, habla y dice claramente que aquello que se contiene en el sobre que va á cerrar ó sellar, ó que ya ostenta cerrado y sellado, contiene su última disposición testamentaria, la cual se encuentra escrita y firmada por una tercera persona, ó escrita simplemente por ésta y firmada y rubricada por el manifestante, cuya declaración incorpora al acta el Notario.

¿Podría combatirse por vicio alguno de nulidad ese testamento cerrado, aunque se acreditara en debida forma que tal testador

Notario redactara el acta sobrevinieran dichas indisposición ó imposibilidad. Sin embargo, el caso es posible; y si se presenta en la práctica es preciso darle una solución adecuada. ¿Sería nulo todo lo hecho hasta el punto de no poder dar debido término al otorgamiento del testamento, ó bastaría que firmase otra persona ó un testigo instrumental por el testador que se encontrara en las supradichas circunstancias? Opinamos esto último: Después de haber dicho en escrito perfectamente autorizado, el mudo y el sordomudo, que dentro de aquella cubierta se hallaba su disposición testamentaria, la formalidad de la suscripción del acta bien puede ser suplida por una tercera persona, mucho más cuando en aquella el Notario se limita á narrar, describir ó dar fe de lo que ya anteriormente se había practicado y estaba, por tanto, cumplido, excepto lo relativo á la designación de la fecha y á dar fe del conocimiento y capacidad legal del testador, cuyos extremos corren de cuenta de dicho funcionario, prestando sobre los mismos testimonio los testigos presentes. Y como la facultad de poder ser sustituido el que testa en la firma del acta está comprendida en la regla 5.^a del art. 707, bien podemos asegurar que tal prescripción es de las aludidas en el último apartado del art. 709, como aplicable al caso excepcional que éste regula.

El Código de Méjico, refiriéndose al sordomudo (art. 3.786), dispone que si no puede firmar la cubierta, lo hará otra persona en su nombre á su presencia, no pudiendo hacerlo ninguno de los testigos, á no ser en caso de suma urgencia y dando fe el Notario de la elección que el testador haga de uno de aquéllos con tal objeto. También siguen igual doctrina los Códigos del Uruguay (párrafo último del art. 766), Italia (último apartado del 786) y Francia (979), entre otros más.

Por último, el art. 709 prescinde de la citación ó recordación, por lo menos, de un requisito importante que ha de concurrir en los testigos que intervengan en los testamentos de los sordomudos y mudos, ó sea el de que han de saber leer; y no basta que tres de los cinco testigos idóneos necesarios para toda forma cerrada de testar puedan firmar. Es preciso que todos sepan y puedan leer. No encontrando resuelto este caso en dicho precepto, habremos de acudir al general que señala las condiciones comunes á todos los testigos testamentarios. El art. 681 (núm. 5.º) declara que aquéllos han de entender el idioma del testador; y como los que

r, no tienen otro idioma más que han de conocer dichos testigos.

al testamento cerrado, el Notario, después de poner en el autorizada del acta de otorgamiento.

Concordancias.—Igual al art. 709 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ley del Notariado de 28 de Mayo de 1862.*—Art. 34. Los Notarios llevarán un libro reservado en que insertarán, con la numeración correspondiente, copia de la carpeta de los testamentos y codicilos cerrados cuyo otorgamiento hubieren autorizado, y los protocolos de los testamentos y codicilos abiertos, cuando los testadores lo solicitaren, y remitirán un índice reservado también al Regente de la Audiencia por conducto del Juez de primera instancia, en los términos establecidos en el artículo anterior. No es necesario que haya un libro para cada año.

Art. 711. El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, ó encomendar su guarda á persona de su confianza, ó depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

En este último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo reservado, al margen ó á continuación de la copia del acta del otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo á continuación de dicha nota.

Concordancias.—Igual al art. 710 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — Véase la Real orden de 16 de Octubre de 1858.

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 710 Y 711. — *Diligencias posteriores á la autorización del testamento cerrado:* a) *Entrega al testador:* b) *Copia del acta de otorgamiento en el protocolo reservado.* — El testamento cerrado se encuentra ya, por virtud de los artículos anteriores, investido de las solemnidades que le han de hacer en lo futuro válido y eficaz. El testador y los testigos han concluido su misión, si bien los últimos necesitan confirmar su testimonio en diligencias judiciales posteriores de las que ya trataremos. Los artículos 710 y 711 anotados dictan medidas para la conservación y seguridad del pliego cerrado y autorizado. El primero impone un deber al Notario exclusivamente, indicándosele nada más, porque de su verdadero desarrollo y reglamentación se encarga la legislación notarial, que es la que en efecto examina más detenidamente tales extremos, como ya podemos en parte comprobar en el *Precedente legal* escrito al pie de dicho art. 710.

Extendida el acta de otorgamiento sobre la carpeta del pliego cerrado y firmado por todos los que deben hacerlo, se considera que aquél queda ya en poder del Notario para el cumplimiento de la obligación que á éste prescribe el citado artículo. No hay otros precedentes en el antiguo Derecho, ni más próximos en los modernos tiempos que los que indican el art. 709 del proyecto de 1882, y el 84 de la ley del Notariado. Y así se comprende, porque sólo pudo dictarse la medida de precaución que tales preceptos establecen al implantarse el organismo notarial que dicha ley inició, ó al menos sentó sobre bases y principios más racionales y definitivos. El proyecto de 1851 guarda silencio sobre el particular, limitándose á complementar las solemnidades del testamento cerrado después de autorizado, con los preceptos relativos á la apertura y publicación del contenido de aquél.

Para el cumplimiento de lo que estatuye nuestro art. 711 y de lo que era ya obligación del Notario, por virtud de la ley notarial, dicho funcionario llevará, además de los libros y legajos propios de su cargo, uno reservado, en el que, con la numeración correspondiente, se extenderá la copia de la carpeta de los testamentos cerrados. Del conjunto de éstos remitirá, en forma de índice y con carácter también reservado, al Presidente de la Audiencia

DES

l J

'va

xpr

non

in

fech

para

lo.

Sep

ira l

en

, añ

ge

irse

lire

ajo

pu

que

nuevamente el cumplimiento de los artículos de 28 de Mayo de 1862, que puedan armonizarse con el Reglamento, á cuyo efecto, y sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias, los Notarios deberán expedir por duplicado, para remitir un ejemplar de las Audiencias y otro á las citadas Juntas de Audiencia, cuando lo estimen oportuno, pedir á las Juntas de Audiencia, para rectificar y completar en su caso, en las Audiencias respecto á los expresados ítems.

Después de extender en el protocolo reservado del acta de otorgamiento, ha de cumplirse una obligación muy importante, y que nos sorprende por no estar citada ó indicada siquiera en nuestro art. 710, es la establecida en el Reglamento general de actos de jurisdicción, la obligación es la relativa á hacer constar en el acta del particular que se llevará en los decanatos notariales de la Península é islas adyacentes, y en los de Ultramar, en cuya autorización haya intervenido, para este efecto, dispone el art. 7.º del Real decreto de 1891, derogatorio del de 14 de Noviembre de 1862.

ras párrocos y Notarios de la Península é islas adyacentes que de cualquier modo intervengan en los otorgamientos de dichos testamentos, dirigirán, dentro de tercero día, á contar desde aquéllos, al Decano del respectivo Colegio notarial una comunicación en la que, por párrafos separados y numerados, se consignen el nombre y apellido del testador, su naturaleza, estado, vecindad ó domicilio, nombres y apellidos de sus padres, Notario que haya autorizado el testamento, población en que tenga lugar, fecha y las demás observaciones que se crean convenientes. Si no pueden expresarse todas estas circunstancias, se manifestará que se comunican las únicas adquiridas.

Por este motivo creemos nosotros que tanto los curas párrocos (en ciertos países de Derecho foral) como los Notarios cuidarán, al extender el acta de otorgamiento sobre la carpeta del pliego cerrado, de recoger todos los datos conducentes á la consignación exacta de las referidas circunstancias, para incorporarlas al acta, ó para tener presentes las que no haya necesidad de anotar allí, al comunicar la noticia del otorgamiento al Colegio Notarial.

Los agentes consulares de España en el extranjero remitirán á la Dirección general de los Registros civil y de la Propiedad y del Notariado esa comunicación con las circunstancias supradichas.

Los Decanos de los Colegios facilitarán á los Notarios oficios impresor para tales comunicaciones.

El Jefe del Negociado de la Dirección y los Decanos acusarán recibo, el primero á los agentes consulares y los segundos á los Notarios y párrocos, por medio de oficio que unos y otros deberán conservar.

Si, transcurrido el tiempo necesario para recibir el oficio, no llegara á poder de dichos funcionarios, repetirán la comunicación hasta obtenerlo.

Tan pronto como los Notarios reciban aquélla lo harán constar así al margen de la copia del acta de otorgamiento del testamento cerrado á que se refiera.

Inmediatamente que los Decanos de los Colegios reciban dichas comunicaciones dispondrán que se consignen los datos en el Registro particular, el cual se llevará por orden alfabético de apellidos, en hojas encasilladas, formadas de papel común, que se encuadernarán anualmente, quedando á cargo de las respectivas Juntas el modo de llenar este servicio.

y suscripción del acta por testador, Notario y testigos. Y el artículo 710 menciona un requisito posterior á dicho otorgamiento. Por otra parte, sería injusto é irracional que por una infracción del Notario á sus deberes, la cual además en nada afecta á la virtualidad de lo dispuesto por el testador con arreglo á las solemnidades establecidas por el Derecho, se anulase el testamento irrogando á los interesados incalculables perjuicios, y dándose lugar á la sucesión intestada sólo por el incumplimiento de una formalidad ajena á la esencia y aun á los principios de autenticidad é inviolabilidad que deben informar las disposiciones testamentarias.



Conservación del testamento cerrado: Medios autorizados por la ley con dicho objeto. —El Notario, una vez ejecutado lo que le prescribe el art. 710, entregará el pliego testamentario cerrado al testador, quien podrá optar por uno de los tres medios de elección que le ofrece el art. 711: conservar aquél en su poder, encomendar su guarda á persona en quien tenga confianza ó darlo en depósito al Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

Ya en una Real orden de 16 de Octubre de 1853 se dispuso que todo el que otorgare un testamento cerrado podía, para evitar su extravío, confiarlo en custodia personalmente, y no en otra forma, á cualquier Escribano ó Notario que tuviere registro público donde archivarlo, reclamando el competente recibo: Dichos funcionarios estarán obligados á conservar los testamentos cerrados que se les entreguen con el mayor cuidado y sigilo, llevando además en protocolo reservado un registro donde anotarán, precisamente de su letra y bajo numeración especial, el otorgamiento del testamento: Salvo los casos en que proceda por derecho, no podrán los Escribanos y Notarios devolver los testamentos cerrados á otra persona que no sea el mismo testador, de quien recogerán el oportuno recibo, que unirán al protocolo, extendiendo en él la correspondiente nota.

El Reglamento del Notariado, en su art. 92, prescribe que los Notarios pueden recibir en depósito los documentos, valores y cantidades que los particulares y Corporaciones⁷ quieran confiarles, bien como prenda de sus contratos, bien para su custodia. La admisión de estos depósitos es voluntaria, y el Notario podrá

imponer condiciones al depositante, las cuales se expresarán en el recibo ó documento de resguardo que el Notario expida. El párrafo 3.º del núm. 6.º de los Aranceles Notariales de 8 de Septiembre de 1885 dispone que si el testamento cerrado quedare depositado en poder de Notario, cobrará, además de los derechos del otorgamiento, 20 pesetas.

Con estos antecedentes se redactó el art. 710 del proyecto de 1882, del que es copia literal el 711 del presente Código.

Algunos comentaristas encuentran algo depresivo para la dignidad profesional del Notario el que se le exijan tantos requisitos, sospechosos de falta de confianza en el mismo, cuando el testamento cerrado ha de quedar depositado en su poder, puesto que habrá de expedir un recibo á favor del testador, haciendo constar al margen ó á continuación de la copia del acta de otorgamiento, que el pliego testamentario queda sometido á su custodia; y en cambio, al particular á quien el mismo testador hace depositario de aquél, ningún resguardo ni garantía se le pide.

No creemos tan desacertado al legislador español en el presente caso: Al Notario, como funcionario público que es, pudo el primero señalarle obligaciones relativas al mejor desempeño del cargo que ejerce, dada la índole y naturaleza de éste y en bien de los muy importantes intereses sometidos á su cuidado y misión; al particular, por lo mismo que lo elige el testador, como individuo de su mayor confianza y en consideración á la cual se desprende del pliego que contiene su última voluntad, no se le podían demandar otras medidas garantizadoras de la devolución del testamento, que las generales que dimanar del vínculo jurídico ó obligación contraídos también particularmente con el testador. ¿Cómo puede afirmarse con exactitud que á dicho particular, en el caso sobre que discurremos, no se le imponen deberes de ningún género? Pues qué, ¿no es un depositario de cosas muebles, y, por lo tanto, no cae de lleno en la disposición del art. 1.761 del presente Código y en el 1.763, donde se define que es depósito voluntario aquel en que se hace la entrega por la sola voluntad del depositante? Ese depositario, según los artículos 1.766 y 1.769, entre otros, está obligado á guardar la cosa y devolverla al depositante ó á sus causa-habientes ó á la persona que se designara en el contrato, cuando le sea pedida, aunque se hubiese fijado un plazo ó tiempo determinado para la devolución, ó á indemnizar

en otro caso los consiguientes daños y perjuicios: Si la cosa depositada se entrega cerrada y sellada, debe restituirla el depositario en la misma forma, y responderá de los daños y perjuicios si hubieren sido forzados los sellos ó cerradura por su culpa. Y además, el depositario particular de un testamento cerrado puede incurrir, por la desaparición ú ocultación de éste, en la responsabilidad criminal, si para ello existen méritos suficientes.

¿Qué delito se cometería en el supuesto último caso y en qué parte del Código penal hallaremos su correspondiente sanción? El de infidelidad en la custodia de documentos no podrá ser, porque, según los tres artículos que lo regulan en dicho Código, sólo puede verificarse por funcionarios públicos; en todo caso serían aplicables al Notario de cuyo poder faltase algún pliego testamentario cerrado, aun recibido con los requisitos fijados por el párrafo segundo del art. 711 del Código civil. Y como no sería justo dejar sin corrección penal un hecho que muy bien pudiera presentar los caracteres de altamente criminal y origen de incalculables perjuicios producidos con maliciosa ó perversa intención, constituiría un absurdo no darle cabida en alguna parte del cuadro de delitos que establece el libro II del correspondiente Código. Puede incluirse el referido delito que cometiera el depositario particular en la sección *«De las estafas y otros engaños»*, cuyo art. 548, núm. 6.º, castiga á los que, en perjuicio de otro, se apropiaren ó distrajeren efectos ó cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito ó por otro título que produzca obligación de entregarla ó devolverla. Y cuando no sea posible aplicar esta disposición, cabe acudir al capítulo de los daños, porque, dada la generalidad de la definición del art. 575, bajo su concepto y sanción penal deben incluirse las acciones punibles dañosas que no estén ya previstas y penadas en otra parte del Código. Y que no vamos equivocados en esta última opinión, nos lo dice la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Octubre de 1880, declaratoria de que la total destrucción de un proceso, con el fin de lograr la impunidad de los que en él aparecen procesados, excluye todo concepto de estafa ó defraudación, debiendo calificarse el hecho en cuestión como delito de daños, caso este muy análogo al que nos ocupa. Y además, para mayor evidencia, el art. 578 del referido capítulo de daños castiga la *destrucción de papeles ó documentos cuyo valor fuere estimable*. De suerte que por el citado ar-

tículo 548 (núm. 6.º) ó por algunos de los 575 á 579 inclusive, del *capítulo VIII, tit. XIII, libro II* del Código penal, se habrá de castigar la desaparición, ocultación ó destrucción dolosas del pliego testamentario cerrado, cuya custodia el testador encomendara á un particular. Además, esa tercera persona, según la última parte del art. 713, perdería todo derecho á la herencia y aun el que tuviera como heredero *ab-intestato* ó como heredero ó legatario por testamento, si ocultase éste dolosamente, lo rompiese ó inutilizase de otro modo.

A los fines que se propone el art. 711 que comentamos, nos parece más aceptable el procedimiento adoptado por el Código mejicano (artículos 3.792 y 3.793), con el que concuerda virtualmente el Código portugués (art. 1.929), según el cual, el testador que quiera depositar su testamento en el Archivo judicial, se presentará con él ante el encargado de éste, quien hará asentar en el libro que con este objeto debe llevarse, una razón del depósito ó entrega, que será firmada por dicho funcionario y el testador, á quien se dará copia autorizada; pudiendo hacerse por medio de procurador la presentación y depósito referido, en cuyo caso el poder quedará unido al testamento. Sustituyendo lo del archivo judicial por el notarial, repetimos que hallamos más defendible este último sistema.

Si al testador se le entrega recibo del pliego testamentario que encomienda al Notario, justo es que, si después retira dicho pliego, cancele el asiento con tal objeto extendido en el protocolo reservado.

En el Derecho foral de Cataluña, según ya hemos dicho, el testamento cerrado ha de quedar siempre en poder del Notario.

ART. 712. El Notario ó la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador.

Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia.

Concordancias.—Análogo al art. 371 del proyecto de Código de 1851 y casi igual á los dos primeros párrafos del 711 del proyecto de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Juzgo, ley 11, tit. V, libro II.*—*Fuero Real, ley 18, tit. V, lib. III.*—Todo home que fuere cabezalero de alguna manda, muestrela ante el Alcalde fasta un mes, y el Alcalde fagala leer ante si enteramente; e si el cabezalero esto no ficiera pierda aquello que debia haber el por la manda, y delo por el alma del muerto, e de todo otro home que tubiere hubiere la manda, maguer no sea cabezalero: e si alguna cosa no hubiere en la manda, pechen el diezmo de la manda.

Novísima Recopilación, lib. X, tit. XVIII, ley 5.^a—Todo home que fuera cabezalero de algun testamento, muestrelo ante el Alcalde fasta un mes, y el Alcalde fagalo leer ante si publicamente; y si el cabezalero esto no compliere, pierda lo que debe haber de la manda, y denlo por el alma del difunto: y esto mismo sea de todo hombre que tuviere el testamento, y no lo mostrare ante el Alcalde como dicho es, aunque no sea cabezalero; y si ninguna cosa hobiere mandado en el testamento, pague el daño a la parte y dos mil maravedís para la nuestra Cámara.

Ley de Enjuiciamiento civil.—Art. 1.956. El que tenga en su poder algún testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente, tan luego como sepa el fallecimiento del otorgante.

ART. 713. El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obra en su poder dentro del plazo fijado en el párrafo segundo del artículo anterior, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho á la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato ó como heredero ó legatario por testamento.

En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador ó de la persona que lo tenga en guarda ó en

sulte, rompa ó inutilice de otro la responsabilidad criminal que

al núm. 6.º, art. 617 del proyecto de 1 de 1882.

LES.—*Véanse los del artículo anterior. V, lib. II.*—La manda del muerto que VI meses deve ser manifestada antes de ascondiere por enganno e la non quitante de lo suyo a aquellos que avien to les lexara el muerto en ella.

7.º—... E si por aventura alguno de los to, fuesse rebelde, de manera que lo mandado del Juez, deue pechar á aquel, asen, todo quanto les fuesse mandado el daño, ó el menoscabo que les viniere pelo non quiso mostrar.

17.—... Otrosí dezimos, que si algund to, en que le ouiessem fecho alguna esta razon, e que deue ser de los here- el Rey.

ARTÍCULOS 712 Y 713.—Se encuentra ya ebidamente depositado el testamento hora es esperar á que ocurra el falleci- ne se conozcan sus cláusulas ó dispo- sta ese momento deben permanscer i podrían hacerse ilusorios los fines de grandemente los intereses de quienes el testador en dicho testamento, se pre- ición legal declaratoria, no sólo de la stamento el destino que le está mar- i responsabilidades del que, pudiendo ilata la presentación del pliego cerrado

exige con el fin de proceder inmediata-

mente á la apertura y protocolización de la disposición testamentaria; de cuyo punto trata el art. 714. Luego parecía más natural que éste hubiere precedido á los dos que vamos á examinar, sirviendo los últimos de aclaración del primero y de medio coercitivo para que dichos actos de apertura y protocolización se practiquen en el más breve plazo y á solicitud de parte interesada. El art. 711 del proyecto de 1882 dispone que el Notario ó otra persona que tenga en su poder un testamento cerrado deberá presentarlo al Juez competente, para su apertura, etc.

La declaración primera del art. 712 es casi igual á la que formula el art. 1.956 de la ley vigente de Enjuiciamiento civil; declaraciones obligatorias que la última también hace para que las diligencias de apertura y protocolización del testamento cerrado no se dilaten con perjuicio de muy respetables y quizá cuantiosos intereses.

Todas las legislaciones, en una forma ú otra, previenen este particular, comprendiendo la necesidad de publicar una última voluntad que, de otro modo, quedaría perdurablemente ignorada. El *Fuero Juzgo* satisfacía esa exigencia, ordenando la presentación de la manda ante el Obispo, en el término de seis meses. El *Fuero Real* exigía la presentación ante el Alcalde en el plazo de un mes, cuyo procedimiento también adoptó la *Novísima Recopilación*; y las *Partidas* requerían que el testamento cerrado fuese presentado ante el Juez, para su apertura y publicación.

De suerte que el principio lo vemos adoptado en todo tiempo, aunque se encuentre diversamente regulado según las exigencias de la organización social y administrativa de la época. En nuestros días, ya venía reconociéndose por la jurisprudencia, con anterioridad á la publicación de la vigente ley de Enjuiciamiento civil, la competencia de la jurisdicción ordinaria, y en concreto, de los Jueces de primera instancia, para entender en el conocimiento de los expedientes de apertura y publicación de testamentos cerrados como actos de jurisdicción voluntaria, y así lo hicimos ver en sentencias citadas en anteriores comentarios. La referida ley Procesal, de acuerdo con la Provisional orgánica del Poder judicial, señala en su art. 63 y regla 22, que es Juez competente para la práctica de las diligencias de apertura de testamentos ó codicilos cerrados el del lugar en que se hubieren otorgado dichos documentos. A ese Juez competente alude la

El Código portugués (art. 1.937) alude al caso de presunción de muerte para los fines expresados. Y nosotros opinamos que, según nuestro Código, del propio modo incumbe al Notario ó tercera persona depositaria del testamento noticiar la autorización de este último cuando sepan que se ha dictado la sentencia en que se declara la presunción de muerte del testador.

El art. 193 dispone que, declarada firme la presunción de muerte, se *abrirá la sucesión* en los bienes del causante, procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaria ó *ab-intestato*, según los casos; luego para llevar á cabo estas medidas es preciso conocer qué clase de sucesión otorgó el presunto muerto, si fué testada ó intestada, y después qué forma de testamento: Y como este extremo quizá únicamente lo sepan el funcionario notarial ó la persona que tenga encomendada la guarda del pliego cerrado, natural es que entonces ha de serles exigible con mayor imperio el cumplimiento del deber prescrito. No importa que el art. 712 hable sólo *«del fallecimiento del testador»*: á éste se equipara jurídicamente, como ya sabemos, la declaración de presunción de muerte, aunque los efectos de ésta pudieran no ser definitivos y hubiera que retrotraer en su día, en lo posible, el estado de cosas creado á como era antes de dictarse las diligencias consiguientes á la declaración de ausencia primero, y después á la de presunción de muerte. Estas consideraciones no puede desconocerlas un Notario ni tampoco cualquiera otra persona á quien el desconocimiento de las leyes no le dispensa de cumplirlas: Y si no, para eso están los que por profesión conocen el Derecho y dirigen su cumplimiento, á fin de que los consulten sobre lo que les corresponde hacer y el destino que han de dar al testamento cerrado que tienen en su poder, después que estén enterados de la sentencia expresada y cuando hayan ya transcurrido los días señalados para considerar aquella firme, por no haberse ejercitado contra la misma el recurso correspondiente, según la ley adjetiva, ó por haber dictado el fallo Tribunal que en esa materia no tenga otro superior que conozca en apelación ó en otra forma de la que el primero haya resuelto.

La obligación que fija el art. 712, se dirige indistintamente al Notario y á la persona que tenga en su poder un testamento cerrado de modo tal que la una no puede escudarse con la negligencia de la otra, en dirigirse al Juez competente? O en otros términos: el

daño y perjuicio será fácil apreciarlo; pero en multitud de ocasiones resultará casi imposible valuarlo. Un menor de edad, por ejemplo, á quien su padre deje nombrado tutor en el testamento, por ignorarse la existencia de éste y no haberse cumplido la obligación á que se refiere el art. 712, puede ser sometido á una tutela legítima; hallado y abierto el testamento, la última tutela se dejará sin efecto, por haber de declararse preferente la testamentaria: El perjuicio aquí se manifiesta con toda evidencia, pero el valor del mismo, ¿se averiguará tan fácilmente? ¿Consistirá quizá en los desembolsos originados por la práctica de las diligencias consiguientes á la formalización judicial de dicha tutela legítima? Parece que sí. ¿Se extenderá la cuantía del daño ó del perjuicio á los producidos por la mala administración del tutor legítimo? ¿Cómo se graduarán éstos? Cuestiones son que habrán de dilucidarse en cada problema litigioso, según los datos y condiciones individuales que puedan acreditarse y se aporten á los autos.

Para tales fines conviene tener presente que la prescripción como institución jurídica puede también perjudicar ó favorecer á la herencia, según el tiempo y modo como ésta aparezca transmitida y aceptada; debiendo cuidarse de que prevalezca el principio según el cual todos los efectos jurídicos de la sucesión testamentaria han de referirse al momento de la muerte del causante, á no ser que á ese principio se opongan otras declaraciones del Derecho, cuya preferencia esté afirmada ó se deduzca del examen é interpretación armónica de diversos preceptos del mismo Código ó de otras leyes con él relacionadas.

El art. 712 alude á toda clase de personas que pueden ser depositarias del testamento cerrado: El 713 concrétese á los que, de cualquier modo, son interesados en la herencia. Estos últimos, como cuentan con más elementos donde hacer gravitar la pena por el incumplimiento del deber prescrito en dicho art. 712, lógico es que sufran con mayor rigor las consecuencias de su conducta, y sobre todo, cuando sea dolosa. Injusto parecería, en efecto, que el que empezó siendo infiel á la memoria de su favorecedor, ya difunto, retrasando la observancia de su última voluntad que aquél quiso que sagradamente se cumpliera desde el instante de su fallecimiento, y no facilitando ni permitiendo el que otro interesado la pusiera en ejecución, llegara á disfrutar, á

ventajas de la herencia. Esto parece que re-
imentarias nociones morales.

mo el art. 758 del Código considera incapaz
que con amenazas, fraude ó violencia, su-
ó alterasen otro testamento posterior, may
zgamos que al que impida ó dilate que el
se abra y protocolice (requisito sin el cual no
ución, ni menos conocerse su existencia),
r de los daños y perjuicios que ocasionare
, pierda toda la cuota hereditaria que, ya
testato, ó ya como heredero ó legatario testa-
onda. Háblase de la cuota del heredero *ab-*
rata de dar á entender que el testamento
gar á presentarse al Juez, por lo cual sea pre-
sión intestada del autor de aquél. Esa cuota
brá de suponerse, la que está asignada úni-
Código califica de herederos forzosos.

le estos comentarios hemos explicado la sig-
dolo», el cual, según el art. 1.269 del Código,
labras ó maquinaciones insidiosas de parte
antes, es inducido el otro á celebrar un con-
io hubiera hecho; definición en nuestro con-
a que la que el Rey Sabio da en las Partidas,
tanto quiere decir como engaño, e engaño es
los omes los unos á los otros, por palabras
is, e coloradas con intencion de los engañar e de
argo, estas ideas aplicadas á la materia de
iten apropiación adecuada, porque parecen
a de dos personas por lo menos, una de las
alas artes para con la otra, y en el testamen-
seo que prevé la primera parte del art. 713,
concurran esas dos personas.

según queda explicada, se comprende mejor
rafo 2.º de dicho artículo, como luego vere-
e dejar de presentar el testamento cerrado
lerario producto de dolo, sino cuando el de-
r ejemplo, hizo creer á los que tenían inte-
á cualquier otro que le indagara sobre el
era tal depositario, sino que, por el contra-

rio, desconocía hasta que el difunto hubiera testado. En este caso es indudable la oportunidad de aplicación del art. 713 en su primer apartado.

Hay otras muchas formas de obrar dolosamente, no dando á esta idea la significación restringida legal que referimos; y sin embargo, no sería justo que quedaran eliminadas de la sanción del Código. El depositario del testamento, interesado además en la herencia, puede por cualquier motivo retardar maliciosamente la presentación de aquél, sin necesidad de engañar á nadie, bastando sólo con su omisión, con su pasividad para dificultar la apertura y protocolización de la última voluntad. Es decir, además de la simple negligencia á que se refiere el art. 712, puede procederse con negligencia maliciosa, mal intencionada, con el fin de perjudicar á otros herederos ó legatarios á quienes urge se les reconozca tal cualidad. Por esto es necesario, tratándose de testamentos, ampliar prudentemente la esfera de comprensión de la idea «*dolo*», amoldando su concepto á la naturaleza diversa de los actos y circunstancias que de aquéllos pueden surgir. El legislador, indudablemente en el art. 713, quiso referirse, al hablar de acción dolosa, á toda aquella que envuelva un propósito inhumano, torcido, mal intencionado, digno de severa corrección.

No es tampoco nueva en nuestro Derecho la doctrina que explicamos. Desde el *Fuero Juzgo* hasta los últimos proyectos españoles se ha venido señalando muy análoga sanción al que burlaba la fidelidad que en él depositara el testador al hacerle guardián de su última voluntad.

Y ¿á quién pasará esa cuota hereditaria que deja de percibir, en el supuesto expresado, el depositario del testamento? Esta pregunta debe contestarse, á nuestro juicio, según las reglas de la testamentifacción pasiva, porque, efectivamente, se considera indigno de suceder á quien incurre en la falta de que venimos tratando. En tal sentido, debe añadirse esa causa de incapacidad por indignidad á las que menciona el art. 758 del Código, una de las cuales, la sexta, es muy semejante á aquélla. Por lo tanto, bien sea un heredero, ó un legatario, y ya el incumplimiento á que se refieren los artículos 712 y 713 produzca simplemente el retraso, ó dé lugar á la sucesión *ab-intestato*, se verificará en el caso referido el derecho de acrecer, adquiriendo la cuota hereditaria del que dejó de presentar á tiempo el pliego cerrado, sus copar-

LIBRO III.—DE LAS SUCESIONES

En arreglo á lo dispuesto en la Sección I. *III.*

En la sucesión testamentaria, procederá ese á quien se refiere el art. 713 no ha ó legataria en determinada parte de aplicación el art. 986, según el indicar la porción vacante del instituido sustituto, á los herederos legítimos recibirán con las mismas cargas y úm. 2.º del art. 982 que uno de los derecho de acrecer es aquel en que se ir la herencia.

En y gravedad conceptuamos la hipotético del art. 713. Dado el supuesto confiar en que, á pesar de la dilación en la sucesión testamentaria en la forma por el segundo es difícil que eso se caso nada se diga respecto á respecto otro se recuerde la aplicación de ya especifica el referido apartad

En el artículo del Código la diferencia que se establece de hechos que establece dicho artículo calificada por el adverbio *«dolosamente»* necesario que concurra dicha modalidad ó inutilice en otra forma el testamento de lenguaje la encontramos por la destrucción del pliego del domicilio de donde se tiene aquél en guarda ó depósito y el depósito, ó por lo menos indiferente, sin perjuicio del cumplimiento de la obligación ni de perjudicar á los interesados por ejemplo, de examinar la contabilidad de los sellos, etc., de dicho pliego. La responsabilidad civil y criminal, es por *«dolosamente»*, con engaño, maliciosamente ó á cualquiera otro depositario del pliego destructor para fines lícitos, cuando el pliego desaparece, ya por completo, ó ya

diendo el que en su debido tiempo pueda ser abierto y protocolizado.

Mas la ocultación, la ruptura, la inutilización del pliego, ya suponen, por sí solos, acciones criminales, sin que les acompañe la modalidad del dolo, porque ésta va comprendida en tales hechos. Por esto constituiría una evidente superabundancia de frase el expresar que dicha ocultación, ruptura é inutilización habrían de hacerse dolosamente, para que procedieran las responsabilidades más graves á que antes aludimos. El legislador se ha esmerado en la redacción del apartado segundo del art. 713; y no creemos, como por alguno se pretende, que haya duda en la inteligencia de dicha disposición, ni que exista tampoco palabra de menos, necesaria para su completo y perfecto sentido.

El que sustrajere dolosamente, ocultare, rompiere ó inutilizare de cualquier otro modo un testamento cerrado, podrá incurrir en los delitos de hurto, robo ó daños; en el primero, si verifica la sustracción sin violencia ni intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas; en el segundo, cuando se empleen estos medios, y en el tercero, si llevarse á cabo la ruptura ó inutilización en la forma prevista en el *art. 8.º, tit. XIII, libro II del Código penal*.

Del procedimiento criminal en tales casos se derivarán las reponsabilidades consiguientes de indemnización de daños y perjuicios á que se refiere el art. 712.

ART. 714. Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la ley de Enjuiciamiento civil.

Concordancias.—Análogo á los artículos 594 á 596 del proyecto de Código de 1851, é igual al 713 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los de los dos artículos anteriores.*

Partida 6.ª, tit. II, ley 1.ª—En poridad e con escritura seyendo fecho el testamento, pueden aquellos á quien es mandado algo en el demandar ante el juez, quel abran seyendo muerto el

daño ó algund embargo por razon que e abriessse, ante que aquellos testigos pudie facer venir ante si omes buenos, e abrir el t e desque fuere abierto, deuelo mandar traer deue cerrar el testamento e mandar que a que pongan sus sellos en el. E en esta gu testamento maguer non este delante ningun quien fue fecho. Pero despues que vinieren mostrar el testamento que conozcan los sel parte embiarselo alla segund de uso dix jurar que digan si es aquel el testamento onde fueron testigos. E desque aya tomado trasladar el testamento en su registro e los que dixeran quando juraron ó en essa mis escrito el testamento, si ouiere y pargan pueda escreuir lo que dixeran. E despues d del testamento á aquellos á quien es algo n demandaren.

Partida 6.^a, tít. 11, ley 5.^a—Pero si aque mento, vedasse que non abriessen alguna p Tal cosa que yo establezco en el mio testam sea abierto, ninguna cosa, nin publicada ó fasta á tal dia; o si dicesse: Maguer lo a den traslado de tal cosa que y esta escrib ca en aquella manera que el mandare, assi lo Otrosi dezimos, que el juez non deue dar tr el entendiesse en el testamento, de que alguno, maguer el fazedor del testament dado.

Partida 6.^a, tít. 11, ley 6.^a — Dvbdari razon se moueria el fazedor del testame non abriessen todo, o parte del, assi con ante desta. Onde para sacarlos desta dut dezir: edezimos, que si el testador ouiesse s nor de catorze años, si le estableciesse p manera, que si el moço muriesse antes de dasse todo lo suyo otro alguno que nombre el testamento, por que sospechasse el fazed trabajaase de muerte del moço (porque b

á la organización judicial hoy vig las exigencias y dudas que la pr

De suerte que, fuese el Preto ordinario ó nuestros Jueces de p cas hubo de confiarse á un rep misión de dar á conocer las disp para ponerlo en las mismas con ocurrida la muerte del testador.

El Código civil no ha tenido n de ley sustantiva en la de ley ad tamento ológrafo, para reglamer Se encontró con un ritual esta vuelto, y lo aceptó de buen gra cesal en su verdadera misión d para hacer efectivos los derech tantivo.

Las disposiciones de la ley d refiere el art. 714, son las que co se titula: «*De la apertura de testa de las memorias testamentarias*». P la primera parte de ese título.

Empieza el art. 1.957 señala demás incluido en el Código, poi que en cierta manera ostenta. El impone al Notario ó al que tuvi oerrado la obligación de presenta tinuación de este precepto, y l mismo, bien pudo el autor del cripción estaba conforme, dispo que también pudiera pedir la tuviere conocimiento de haber obrar en poder de tercero: Siend á la familia del finado, jurará que creer que en él puede tener inter

Y que esta disposición ha q aparecer, omitida en el Código civ que en ella se establece la conces en ningún modo contradice ni es que prevé el citado art. 712 del t

elegidos por el actuario en el segundo. Encontramos muy oportuna la extensión de esta diligencia, tratándose de la importancia que tiene el poder dejar acreditados esos extremos para los efectos del procedimiento y de la validez ó nulidad de la disposición testamentaria contenida en el sobre, y hasta con el fin de no hacer responsable al Juzgado de desperfectos ó propósitos de quebrantamiento que en aquél se notaren, y que hayan sido observados y hecho constar en la diligencia judicial extendida por el Escribano. El presentante podrá cerciorarse de si ésta describe con exactitud y fidelidad el estado en que recibe el pliego cerrado, y firmará dicha diligencia, en prueba de que juzga exacta la reseña.

Recordamos en este momento que, al tratar de la protocolización del testamento ológrafo, expusimos la doctrina que de una resolución del Tribunal Supremo se desprendía, para el caso en que el testamento fuera recibido en el Juzgado por el correo ó en otra forma, pero sin ser presentado por persona alguna determinada. Como el Juez en casos tales no puede ni debe proceder de oficio, sino por virtud de una solicitud que le dirija y presente uno, que ha de ser ó presumir ser interesado en el testamento, el Notario autorizante ó el que tenga aquél en su poder, serán forzosamente los que deben presentarse al Juzgado con el pliego cerrado, bajo la prevención, que la ley virtualmente supone, de que en otro caso no se dará curso á la petición, ni se iniciará el oportuno expediente. En el expresado lugar igualmente hemos indicado el procedimiento que en este caso procede adoptar.

Acto continuo (es decir, en la misma audiencia, si la presentación del testamento se hiciera durante las horas que para aquélla haya señalado cada Juzgado, ó en la audiencia inmediata si el presentante compareciese con tal objeto fuera de dichas horas), el actuario, según el art. 1.959, dará cuenta al Juez, el cual, acreditado el fallecimiento del otorgante, acordará que, para el día siguiente, ó antes si es posible, se cite al Notario autorizante y á los testigos instrumentales. El fallecimiento, ya tenemos también dicho en otra parte que sólo podrá acreditarse con la correspondiente partida ó certificación del Registro civil, la cual se acompañará con la instancia inicial ó la llevará consigo el presentante al pedir por comparecencia ante el actuario la apertura y protocolización del testamento con los demás particulares consiguientes á éstos.

NON

lo

qu

o le

l, y

: Si

tro

ue l

do e

qué

abe

rita

del

exu

uda

re

.os

par

tari

imi

lepe

, sí,

ne

co

al

iene

incl

der

ro

cul

ente

le

un

nen

la p

á es

día

.

tra

del Derecho positivo, á la literalidad y espíritu del *tít. VI, libro III* de la tan citada ley adjetiva, la cual no distingue, ni mucho menos, los casos de que el testamento, cuya apertura y protocolización se pretende, hubiera estado en poder del Notario que lo autorizó ó de un simple particular. Y en cuanto á los demás extremos, cualesquiera que fueran el alcance y entidad de las consideraciones y prerrogativas que á la profesión notarial se deben, y que somos los primeros en tratar de conservar y aumentar, si preciso fuera, las operaciones de apertura y publicación del testamento secreto habría siempre de realizarlas persona que, para garantía de todos, representara á la Autoridad. De desear sería, en sentir de algunos, que el Notario desempeñara ese papel; pero, aparte de que la jurisprudencia viene ya desde mucho tiempo otorgando á la jurisdicción ordinaria la competencia para intervenir en tales actos, éstos son indudablemente de la naturaleza de los que define, como de jurisdicción voluntaria, el art. 1.811 de la ley de enjuiciar, y, por tanto, su conocimiento, según el organismo procesal vigente, en su primer grado, corresponde á los Jueces de primera instancia respectivos.

Los testigos, según los artículos 1.961 y 1.962, serán examinados por orden sucesivo ó interrogados sobre la edad que tenían en el tiempo del otorgamiento; y si alguno ó algunos hubieren fallecido ó se hallaren ausentes, se preguntará á los restantes si lo vieron poner su firma y rúbrica, examinándose además á otras dos personas que conozcan las expresadas firma y rúbrica del fallecido ó ausente, acerca de su semejanza con las estampadas en el pliego. Si esto último no pudiera tener lugar, será abonado el testigo en la forma ordinaria.

Extrañanos que la ley exija sólo el que se averigüe la edad de los testigos al otorgarse el testamento, cuando, para que resulte completamente acreditada la idoneidad de aquéllos, son precisas otras muchas condiciones (las que indirectamente refiere el art. 681 del Código civil), además de la edad. De suerte que, ó se da completa fe al testimonio del Notario, si es que en el acta que extendió en la carpeta del testamento cerrado dejó consignadas todas las circunstancias personales, de las que se derive la perfecta capacidad del testigo para intervenir como tal en este acto, y con relación solamente á ese tiempo, y en ese caso el Juez debe prescindir de hacer preguntas sobre esos extremos á los tes-

Tienen facultad para presenciar la apertura del pliego y lectura del testamento, de que luego trataremos, según el art. 1.965, los parientes del testador en quienes pueda presumirse algún interés; sin permitirles que se opongan á la práctica de la diligencia por ningún motivo, aunque presenten otro testamento posterior.

Recibida la información testifical, y resultando por la práctica de las diligencias que en el otorgamiento del testamento se guardaron las solemnidades prescritas por la ley, y asimismo comprobada la identidad del pliego, lo abrirá el Juez y leerá para sí la escritura testamentaria. Esta última precaución obedece á que puede existir en aquélla una cláusula cuya publicación haya de reservarse hasta época determinada, y por tanto su lectura no debe hacerse entonces, porque, como dice el art. 1.967, si el testador ordenó que alguna ó algunas cláusulas queden reservadas y secretas hasta cierta época, la lectura se limitará á las restantes cláusulas de la disposición testamentaria.

La apertura del testamento tampoco podrá llevarse á cabo cuando en la misma carpeta ó en un codicilo abierto hubiere dispuesto el testador que no se abra hasta una época determinada, en cuyo caso el Juez suspenderá la continuación de la diligencia y mandará archivar en el Juzgado las practicadas y el pliego hasta que llegue el plazo designado por el testador (párrafo segundo del art. 1.966).

Si no existe ese obstáculo, el Juez abrirá el pliego y, después de leerlo para sí, lo entregará, según el art. 1.967, al Notario para que lo lea en alta voz, extendiéndose la oportuna acta, en que se reseñará sucintamente todo lo ocurrido en esos dos momentos de que acabamos de hablar, y que habrán de firmar, después del Juez, todos los presentes entonces como interesados en el expediente. Luego de lo cual dicho Juez dictará auto, con arreglo al art. 1.968, ordenando que se protocolice el testamento con todas las diligencias originales de la apertura en los registros del Notario autorizante y que se dé copia de ese auto al que hubiere hecho la presentación al Juzgado del pliego cerrado, para su resguardo, si es que así lo pidiera.

De esta manera queda cumplido lo que determina el art. 714 de nuestro Código civil.

La protocolización, según hemos dicho, habrá de efectuarse en

Juzgado, si concurre, ó de todas suertes en voz alta, lo que dispuso el testador, si éste no estableció alguna cortapisa en tal sentido. El Código civil del Uruguay (art. 770) llega á reprobear toda convención acerca de lo que se deje en un testamento cerrado antes que se abra solemnemente.

Por último, el referido expediente, aun terminado y aprobado en sentido favorable, no resuelve la validez ni imposibilita la declaración de nulidad del testamento á que se refiera. Dice la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Marzo de 1866 que las cuestiones sobre validez ó nulidad de un testamento no pueden ventilarse en un expediente de jurisdicción voluntaria, sino que deben discutirse en juicio ordinario y por los trámites establecidos en las leyes. El Juez, al ordenar la apertura y dictar el auto de protocolización, juzga, por lo que ve escrito, que se han cumplido las solemnidades prescritas por el Derecho civil y por la ley adjetiva; pero no puede declarar, dada la índole de esas actuaciones, y porque no se le ofrecen datos para ello, si lo escrito representa ó no una falsedad, ni sobre la verdadera capacidad del testador al otorgar el testamento, ni sobre otros interesantes extremos.

ART. 715. Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia ó de negligencia ó ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.

Concordancias.—Análogo al art. 714 del proyecto de Código de 1882.

[3] **PRECEDENTES LEGALES.**—*Ninguno.*

nidades de que se ocupa el art. 706, donde se trata nada menos que de la forma cómo ha de escribirse y dar sello de autenticidad al que, después de todo, ha de ser con el tiempo el verdadero testamento, por el cual tantos derechos, intereses y modificaciones en el orden jurídico, social y moral se han de efectuar. Indudablemente que ni esa fué tampoco la intención del legislador, porque pugnaría contra todos los fundamentales principios siempre á cubierto de toda discusión y duda. Esa palabra «otorgamiento» seguramente sobra. ¿Habría Juez ni Tribunal ni aun persona de mediana ilustración jurídica, que afirmara la validez de un testamento cerrado cuya escritura interior no estuviera firmada por el testador ni por el amanuense á su ruego? Imposible nos parece contestar afirmativamente.

Convenimos con el parecer de un comentarista del Código, al afirmar que la responsabilidad del Notario á que alude el art. 715 debe hacerse efectiva aunque, por virtud de la declaración de nulidad del testamento cerrado, éste pueda valer como ológrafo, si por consecuencia de tal cambio en la forma de testar se han producido algunos daños y perjuicios; porque éstos á nadie más que al Notario deben serle exigidos cuando se pueda justificar que obró con malicia, ignorancia ó negligencia inexcusables; cuyos términos ya hemos definido y explicado en comentarios anteriores. Si sobre el referido extremo pudiera caber alguna duda, dada la falta de precisión del art. 715, nos la desvanecería por completo el principio de Derecho, encarnado hoy en un precepto del Código civil, de que el que causa un daño está obligado á responder de su indemnización.

La sustitución á que se refiere la última parte de dicho artículo no es nueva en nuestro Derecho civil. Virtualmente la hallamos en todas las legislaciones precedentes al Código, y hasta en la romana, porque la *ley 3.ª, tít. I, libro XXIX del Digesto* decía: «...*nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda iudicia sua. Sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus...*», tratándose del testamento militar. La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene reconocido en varias sentencias ya examinadas que, tanto el *Fuero Juzgo* como las *Partidas* y hasta la *Novísima Recopilación*, señalaban distintas formas de testar que, si no podían mantenerse válidamente dentro de la individualidad ó modalidad que había elegido el testador, se subrogarían por

los r
que
stade
an l
la se
r son

ad d
an r
se no
in re

er qu
po m
esta
copi
que
rito;
lenda
cond
ado c
rome
.

cat
time
as c
ada
gal
con
dién

das y tratadas en sección separada. Vamos á examinar el primero de esos testamentos que refiere el citado artículo 677, y el cual, no por ser regulado en el Código en sección aparte de la destinada á los testamentos público y secreto, está exceptuado de poder otorgarse en cualquiera de las dos formas abierta y cerrada; al contrario: las modalidades del testamento militar que referiremos en la presente sección tienen que concretarse necesariamente, ó en la forma abierta, pública, nuncupativa, ó en la secreta, cerrada y en todos casos escrita. Tal *Sección séptima* debería, pues, constituir una subsección dependiente y en relación con las dos anteriores.

El testamento militar, como su nombre indica, hállase establecido en favor y beneficio de esa respetable clase, tan merecedora de consideraciones y razonables privilegios, para quien, en determinadas circunstancias de su oficio, la muerte es suceso más posible é inminente que para los demás mortales: Y esta indudable observación basta sólo para hallar justificada la procedencia de un derecho que en consideración á esa muerte, y por temor á la misma, se halla establecido, y que, por lo tanto, ha de presentar caracteres de mayor excepcionalidad y de menor rigor en el cumplimiento de las solemnidades que para su ejercicio en casos normales se exigen.

Así comprendido el privilegio del testamento militar, no hay que decir que cuenta con precedentes de notoria antigüedad. Recorriendo la Historia romana lo hallamos ya establecido al lado de la forma más antigua de testamentos de aquella legislación, ó sea la que se celebraba *in calatis comitiis*, propia de los tiem-

CÓDIGO CIVIL

idad, reglamentándola y desenvolviéndola íntegramente, estando dedicado un título entero (*libro II*) de las *Instituciones Justinianas* á exclusivamente del testamento militar.

El privilegio se creó con tan radicales caracteres que por virtud de él, se otorgó la testamentificabilidad á los que entonces no la tenían, á los hijos que se hallaban en el servicio militar, y con respecto á lo que, por tal motivo, se llamaba su peculiaridad. Mas la excepcionalidad se mantuvo dentro de ciertos límites, circunscribiéndola al objeto y á las personas que la dieron origen. El testador militar, el que se encontraba en consideración al ejército armado y equipado, y que en ese fuero, podía disponer su última voluntad sin el mero necesario de testigos, con dispensa de las formalidades establecidas para los casos ordinarios, pero ó sin escrito; pero sólo en el tiempo que se encontraba ocupado en alguna expedición, mientras permanecía en el servicio y en el campamento. Los testamentos que otorgasen en sus hogares ó en otra parte, después de tomada su licencia, aun siendo militar, pero en el servicio, más fuera de campaña, forzoso era someterlos á las formas del derecho común á todos los efectos.

Debe de entenderse siempre ese privilegio que, en todo, degenera en abuso incompatible con las ideas de igualdad á que debe someterse el ejercicio de los derechos civiles. El soldado, fuera de esos momentos de peligro y de inminencia de inevitables riesgos que expone la lucha armada, es un ciudadano como cualquier otro, y también el primer interesado en que las disposiciones aparezcan ordenadas con toda

Vino á significar, en nuestro entender, un retroceso, la *ley 7.ª, tít. XVIII, libro X* de la Novísima Recopilación (compendio de los *Reales decretos de 9 de Junio de 1742 y 25 de Marzo de 1752*), declaratoria de que el militar podrá acogerse al referido privilegio, hallárase en campaña ó en cualquiera otra parte, siempre que gozara sueldo. Esta absurda ampliación que el Monarca hubo de autorizar, fundada en perjuicios que dice le hizo ver el Consejo de Guerra, ocasionados por la práctica de la legislación vigente con anterioridad, se dictó aun teniendo que derogar la *Real Cédula de 28 de Abril de 1732*, á cuyo tenor el testamento que otorgaran los militares sin ninguna solemnidad no valdría si éstos no fallecían en la campaña que les obligó á testar, debiendo otorgar otro con todas las solemnidades prescritas por la ley en pasando á poblado.

Las *Ordenanzas Reales del Ejército* publicadas en 22 de Octubre de 1768, en los primeros cuatro artículos de su *Título 8.º y capítulo XI*, siguen las huellas de la *Novísima Recopilación*: En su consecuencia permiten á todo el que goce de fuero militar testar por privilegio en cualquiera parte en que se encuentre, sea dentro ó fuera de campaña, regulando dos formas de testar, una para los momentos más tranquilos y otra para los riesgos inminentes de un combate ó cualquier otro peligro de muerte.

La *Real orden de 17 de Enero de 1835* dispuso que el militar, no sólo en campaña, guarnición, cuartel ó marcha, sino también en donde quiera que se hallare y cualquiera que fuese su estado de salud, con peligro ó sin él, podía elegir para manifestar su voluntad la

ción de la inminencia del mismo, goza de idénticos derechos, empleando menor número de solemnidades, que el que tranquilamente en su casa precisa del funcionario notarial y del competente número de testigos para reducir á escrito su última voluntad: Y quizá se halle la desigualdad en perjuicio del primero. El testamento militar no significa privilegio incompatible con fundamentos racionales, cual parece dar á entender el jurisconsulto Sr. Falcón; representa más bien, como con hermosa concisión de frase, tiene dicho el gran Pacheco, comentando la *ley 3.ª de Toro*, "un homenaje que se rinde á lo imposible".

El distinguido civilista Benito Gutiérrez, á propósito de observaciones que anteriormente hemos expuesto, dice con muy buen sentido que al paso que es natural el que se guarde á los militares la consideración de la dispensa de formalidades en sus testamentos estando en campaña, no hay motivo para que, testando en paz y en el seno de la familia, omitan las solemnidades, mejor dicho, precauciones tomadas para evitar los amañes del fraude y de la codicia. Lo primero es un deber de justicia y un verdadero efecto de la necesidad; lo segundo es ley que puede convertirse en daño de los mismos privilegiados, daño de inmensas proporciones si se atiende al gran número de personas que gozan fuero. Estas reflexiones sustituyen con ventaja á las que nosotros, de perfecta conformidad con esa opinión, pudiéramos exponer.



La presente *Sección séptima* del novísimo Código civil ha traducido en seis preceptos, con acierto, se-

emplea en momentos apremiantes y que sólo dejan lugar para muy contados requisitos.

Dentro de cada una de esas situaciones, el militar puede testar en la forma cerrada y en la forma abierta, cumpliendo las excepcionales formalidades que en esta sección se prescriben.

Por lo expuesto ya puede comprenderse cómo en esta parte del Código se advierte una metódica colocación de la materia y aun divisiones y subdivisiones que se deducen del examen superficial de los artículos 716 al 721, aunque el legislador no las haya establecido literalmente.



Es inútil hablar de las modalidades que pudiera presentar el testamento militar en el Derecho foral. Como aquél es un privilegio establecido en favor del Ejército y de las personas que en consideración á él le acompañen, en cualquier punto de la Península, en países de legislación foral, y aun en el extranjero, regirá en la misma forma en que lo establece el Código civil, sin que por tanto tenga aplicación entonces el principio "*locus regit actum*".

Ahora bien: la excepcionalidad de que tratamos alcanza sólo á la *forma* del testamento, que es la materia que venimos estudiando en la presente Sección y en las que le preceden, desde la 3.^a del cap. I, título III del lib. III del Código. Nos parece esto fuera de toda duda, y no comprendemos cómo ésta ha podido germinar en el ánimo de escritores tan distinguidos cual los Sres. Navarro Amandi y Gutiérrez, principal-

que, procediendo de dichas provincias ó territorios, hayan ganado vecindad en otros, sujetos á la legislación foral. Estas prescripciones del art. 15 del Código no han podido quedar derogadas por los 716 al 721 del mismo, siendo perfectamente compatibles, como ya hemos dicho, unos con otros.

En cuanto á otra clase de fueros ó privilegios, ya sabemos que ante el Derecho civil no caben desigualdades en la condición jurídica de los individuos, ni otras modificaciones de la personalidad que las que concreta y específicamente están ya determinadas en el Código; por lo cual, el militar ó personas á él equiparadas habrán de testar en la *forma* prescrita por aquél, y en el *fondo*, ó bien con arreglo á la legislación foral ó á la introducida por dicho cuerpo legal. No puede, razonablemente, sostenerse otra teoría.

ART. 716. En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás

individuos empleados en el Ejército, ó que sigan á éste, podrán otorgar testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán.

Es aplicable esta disposición á los individuos de un ejército que se halle en país extranjero.

Si el testador estuviere enfermo ó herido, podrá otorgarlo ante el Capellán ó el Facultativo que le asista.

Si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno.

En todos los casos de este artículo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos.

Concordancias.—Igual al art. 578 del proyecto de Código de 1851 y análogo al 715 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES. — *Fuero Juzgo, libro 11, tit. V, ley 12.*—Aquel que muere en romería, o en hueste si oviere omnes libres consigo, escriba su manda con su mano ante ellos. E si non sopiere escribir, o non pudiere por enfermedad, faga su manda ante sus siervos, que sepa el obispo que son de buena fe, e que non fuesen ante fallados en pecado. E lo que dixieren estos siervos por su iuramento, fágalo el obispo o el iuez escribir depues e sea confirmado por ellos e por el Rey.

Partida 6.ª, tit. I, ley 4.ª—Queriendo fazer testamento algund cauallero, si lo fiziesse en su casa, ó en otro lugar, que non sea en hueste, denelo fazer en la manera que los otros omnes, ansi como dize en las leyes ante desta; mas si lo ouiere de fazer en hueste, estonce abonda, que lo faga ante dos testigos, llamados é rogados para esto. E si por aventura, seyendo en la fazienda, veyendose en peligro de muerte, quisiesse aquella sazón fazer su testamento: dezimos que lo puede fazer, como pudiere, é como quisiere, por palabra, ó por escrito. E aun con su sangre misma, escriuiendolo en su escudo, ó en alguna de sus armas, ó señalandolo por letras en tierra, ó en arena. Ca en qualquier destas maneras que lo el faga, e pueda ser prouado por dos omes buenos que se acertassen,

su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal: y mando que así se cumpla y execute, no obstante qualesquiera leyes, decretos y órdenes anteriores.

Novísima Recopilación, ley 7.ª, tit. XVIII, lib. X.—No obstante que por ordenanza de 28 de Abril de 1739 tuve por bien declarar el modo y solemnidades con que deben testar los Militares, y que la Justicia ordinaria conociese de sus testamentos, inventarios y *ab-intestatos*, más bien informado ahora por el Consejo de Guerra de los perjuicios que se siguen en la práctica de lo dispuesto en la referida Ordenanza, y de los inconvenientes que produciría su observancia, tanto á mi servicio como á la profesión Militar y honor de ella; he resuelto se observe la costumbre antigua, en quanto á que los Militares usen de sus privilegios y fuero al tiempo de hacer sus testamentos, no sólo estando en campaña, sino en otra qualquier parte, siempre que gocen sueldo; y que se recoja y anule enteramente la citada ordenanza de 28 de Abril de 1739.

Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Ejércitos, publicadas en 22 de Octubre de 1768.—*Tratado 8.º, tit. XI, art. 1.º*—Todo individuo que gozase fuero militar según está declarado en esta Ordenanza, le gozará también en punto de testamentos, ya sea que le otorgue estando empleado en mi servicio en campaña ó hallándose en guarnición, cuartel, marcha ó en cualquier otro paraje.

Art. 4.º de dichos tratado y titulo.—Igualmente será válida y tendrá fuerza de testamento la disposición que hiciere todo militar escrita de su letra en cualquiera papel que lo haya ejecutado; y á la que así se hallare, se dará entera fe y exacto cumplimiento, bien la haya hecho en guarnición, cuartel ó marcha; pero siempre que pudiese testar en paraje donde haya Escribano, lo hará con él, según costumbre.

ART. 717. También podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un Comisario de guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes.

Ninguna.

GALES.—*Ninguno.*

ARTÍCULOS 716 Y 717. — *Razón del plan.*—
el presente comentario los testamentos
pueden otorgar los militares encontrándose
en campaña.

y claridad distribuiremos la materia en
pueden acogerse al beneficio que supone
las formas de testar, cuyo estudio será
los restantes preceptos de la *Sección*; 2.^a,
de otorgar testamento dentro de la pri-
er normalidad á que nos hemos referido
a *Sección*, y 3.^a, ante quién y cómo han
para el efecto, de fuero militar.

acogerse al beneficio del testamento militar?—
o, contesta el comienzo del art. 716 dicién-
campaña, voluntarios, rehenes, prisione-
empleados en el *Ejército*.

otros? Llámense militares aquellos que
tenecen al Ejército; y éste, según los ar-
constitutiva de 29 de Noviembre de 1879,
ón especial por su objeto é índole y una de
mo del Estado; siendo su primera y más

importante misión la de sostener la independencia de la Patria y
defenderla de enemigos exteriores é interiores. El Ejército lo for-
man, con arreglo al art. 5.º de la ley de 19 de Julio de 1889, adi-
cional á la constitutiva antes citada, el Estado Mayor general, el
Estado Mayor, las tropas de la Real Casa, el arma de Infantería,
la de Caballería, la de Artillería, el Cuerpo de Ingenieros, el de la
Guardia civil, el de Carabineros, el Cuerpo y Cuartel de Inválidos;
perteneciendo asimismo al Ejército, en concepto de auxiliares, los
Cuerpos siguientes: el Jurídico, el de Intendencia, el de Interven-
ción, el de Sanidad militar, con sus dos secciones de Medicina y
Farmacia, el de Tren, el del Olero castrense, el de Veterinaria y
el de Equitación. Para completar el mecanismo necesario á la
realización de las diversas funciones técnicas y administrativas
que están á cargo del Ejército, habrá también, con funciones polí-

tico-militares y con categorías asimiladas á las de aquél, los Cuerpos y empleados siguientes: el Cuerpo auxiliar de oficinas, la brigada obrera y topográfica de Estado Mayor, el Cuerpo de practicantes, el personal auxiliar de la Intendencia, el del material de Artillería, así pericial y obrero como no pericial, el del material de Ingenieros de iguales condiciones, el de porteros, mozos y ordenanzas de los Centros militares. Pues bien: todos los individuos que pertenezcan á alguno de esos Cuerpos, Armas ó categorías y que se encuentren en las demás condiciones prescritas por los artículos 716 y 720 pueden otorgar alguna de las clases del testamento militar, en el concepto y bajo la consideración de *militares*. Esa equivalencia opinamos que tiene tal palabra.

Los voluntarios son verdaderos militares que se distinguen de los demás sólo en la forma cómo ingresan en el Ejército. El artículo 4.º, núm. 3.º del Reglamento para el reemplazo y reservas del Ejército de 22 de Enero de 1883 declara que pertenecen también al Ejército activo los que, habiendo sentado plaza voluntariamente, no hayan sido declarados soldados por su suerte. Y en confirmación de esa declaración existe la del núm. 1.º, art. 15 de la ley de reclutamiento y reemplazo del Ejército de 11 de Julio de 1885, por virtud de la cual la fuerza del Ejército se reemplazará también con los que, contando por lo menos la edad de diez y ocho años cumplidos, quieran prestar sus servicios voluntariamente por el tiempo y en las condiciones que determine el Reglamento é instrucciones por que se rija el Consejo de redenciones y enganches militares; cuyos mozos, según el artículo siguiente, 16, siendo útiles para el servicio de las armas, podrán ser admitidos en los cuerpos activos armados en que les convenga servir.

A los rehenes se alude en el art. 866 del Reglamento para el servicio de campaña, mandado observar por la ley de 5 de Enero de 1882, cuando dice que se considera en el día como anticuado y también como ineficaz el uso de rehenes, esto es, de personas que se dan ó se toman á la fuerza, en garantía del cumplimiento de convenios y estipulaciones; los cuales, en todo caso, deben ser tratados con igual consideración que los prisioneros, siendo un abuso inútil de fuerza hacerlos responsables de las faltas de los otros é imponiéndoles penas que siempre han de ser injustas y arbitrarias.

os prisioneros y rehenes cogidos dentro de los dominios á que alcance la jurisdicción española, por el Ejército de nuestra patria.

La frase genérica «*demás individuos empleados en el Ejército, que sigan á éste*», indica bien á las claras el sentido en que hoy se establece el testamento militar; el cual, como ya hemos dicho, es procedente sólo por virtud de las circunstancias de apremio y urgencia en que puede encontrarse la milicia, no por las consideraciones extrañas á la justicia á que dicha clase pudiere ser acreedora por otros motivos. Todos los que testen militarmente han de acompañar en todos sus peligros y riesgos al Ejército y ser partícipes con éste de las penalidades consiguientes, lo que constituye el motivo de la excusa ó dispensa de los requisitos que en los casos ordinarios de la vida son precisos para testar.

Están, en nuestro concepto, comprendidos en la citada frase genérica los llamados guerrilleros, que, como dice el art. 867 del antes mencionado Reglamento para el servicio de campaña de 5 de Enero de 1882, no son los que toman parte en la guerra sin autorización expresa del Gobierno constituido ó de Juntas ó Corporaciones que en caso de disolución le sustituyan, pues que á esos se les considera como bandidos ó malhechores, sino los cuerpos francos, las partidas guerrilleras, las milicias nacionales movilizadas y toda tropa irregular levantada en la región aún no ocupada por el enemigo, los cuales deben asimilarse á las fuerzas regulares y ser tratados como ellas. No así gozarán de los beneficios de que venimos tratando los que, según el art. 868 de dicho Reglamento, figuran como partidarios sueltos, sin autorización legal, sin uniforme ni distintivo alguno, que un día se presentan como militares y otro como paisanos pacíficos, utilizando este doble papel para satisfacer sus intereses y pasiones en la guerra tramposa y desleal, porque éstos están fuera del derecho de gentes y deben ser tratados en este concepto.

Por Reales decretos de 7 de Abril y 4 de Mayo de 1892, respectivamente, se organizaron militarmente el Cuerpo de miliones de la provincia de Vizcaya y el de mozos de escuadra de la provincia de Barcelona, declarándolos comprendidos en el art. 5.º de la ley adicional á la constitutiva del Ejército de 19 de Julio de 1889, ó sea, considerándolos como fuerzas militares de la Nación. De suerte que si llegan á verse en tiempo de guerra en el campamento ó durante una batalla, asalto, combate ó próximo peligro

sigan á éste», no existía en el proyecto de 1882: fué añadido por tanto en el Código por primera vez. Por esto un corresponsal periodístico, aunque no se encuentre empleado en el ejército, siempre que *siga á éste*, indudablemente debe equipararse en el expresado concepto al verdadero militar.

No ocurre así con los vendedores ambulantes en el campamento ó en el punto en que se hallen situadas las fuerzas armadas, ni con los que por pura curiosidad ó con otro objeto extraño al de la milicia se hallen presenciando un combate; éstos ni acompañan al ejército en su marcha, ni forman parte de él en ningún sentido.

Beneficiará el privilegio asimismo al enfermo ó herido que se encuentre en la ambulancia sanitaria ó en el hospital por consecuencia de la guerra: El art. 716, en su párrafo 3.º, los comprende claramente, porque sería desnaturalizar la gracia que supone el testamento militar conceder éste á los que simplemente siguen al ejército y denegarlo á los que han sido víctimas sangrientas de la guerra y principales protagonistas de la misma, en cuya consideración especialmente se ha creado ese beneficio testamentario.

Las observaciones que venimos exponiendo servirán en conclusión, según nuestro criterio, para resolver los otros casos concretos que la práctica pudiera presentar, teniendo siempre en cuenta el propósito del legislador al crear el testamento militar, perfectamente retratado en los diversos preceptos que constituyen esta sección del Código, sobre todo en el art. 716, y además los dos polos entre los cuales gira la concesión de esa gracia, determinados por las frases genéricas de *«individuos empleados en el ejército»* y *«personas que sigan á éste»*. Los Tribunales, en cada problema litigioso que se someta á su resolución, estarán encargados también de interpretar ó descifrar el alcance individual de esas expresiones, como ocurre en muchos casos legales análogos.

II. *Determinación de la procedencia de la forma de testar regulada por los artículos 716 y 717.* — El segundo punto que vamos á tratar es el referente á las ocasiones en que se puede testar militarmente, dentro de la situación de menor apremio á que nos hemos referido al comienzo de este comentario. El art. 716 ya declara que hallándose los militares (ó personas á ellos equipara-

tranquilidad y al pacífico ejercicio de todos los derechos y de todas las libertades, que no precisan de la solemne declaración de guerra para ser reprimidos debidamente. Partidas levantadas en cualquier provincia, asonadas y motines graves, alteraciones serias del orden público en una región minera por consecuencia de una huelga de trabajadores, pueden hacer necesaria por mucho ó poco tiempo la acción militar con el concurso de un verdadero Cuerpo de Ejército, que haya de destacarse, acantonarse, hacer vida de campamento, emprender hasta hechos de guerra de igual peligro al que suponen los encuentros entre dos ejércitos regulares de Naciones distintas; y esto sin preceder la referida declaración de guerra. ¿Dejará en estos casos de ser procedente la forma privilegiada de testar que estudiamos? Respondemos negativamente sin abrigar la menor duda, y decimos lo mismo que al ocuparnos del testamento hecho en tiempo de epidemia, cuya declaración oficial tampoco considerábamos precisa para que pudiera testarse válidamente en esa forma. Una cosa son esas declaraciones oficiales, exigidas para los efectos administrativos, políticos y diplomáticos, y otra la existencia real de un estado de guerra ó epidemia comprobados por hechos cuya autenticidad han de estimar en cada caso los Tribunales, según el valor probatorio que atribuyan á los extremos que aleguen los interesados al ventilarse en juicio la validez ó nulidad de un determinado testamento hecho en esas condiciones. El Derecho civil no debe subordinar la eficacia de sus creaciones ó instituciones á meras formalidades de la legislación administrativa, que tienden á otro objeto muy distinto, y no acompañan siempre inmediatamente á la realidad de esos períodos anormales en la vida de los pueblos y de la Naciones.

La palabra «*campaña*», como término verdaderamente militar, ha de explicarse por el Reglamento de 1882, para darla significación técnica y legal más autorizada que la que pudieran ofrecernos otros textos y referencias. Declaran los artículos 1.º, 2.º y 22º de aquél que el ejército puede estar en pie de paz ó en pie de guerra; tiene, por lo tanto, dos servicios distintos; el de guarnición y el de *campaña*; el pase del pie de paz al de guerra se efectúa por una serie de medidas que toman el nombre genérico de movilización para llamar las reservas, llenar cuadros, constituir mandos, armar plazas, establecer depósitos de armas, municio-

UCESIONES

io. Las tropas en
er caso se alojan
tados que toman
leen, por más ó
diendas ó barracas
e pueda emplearse
erio que concurre
ionadas. El serv
servicio de guar
revisión para los
el ejército.

ar.—La forma abí
ral ó escrita, conv
un oficial que teng
capellán ó facultat
no ó herido, ó ant
presenciando el s

casos se ha de e
particular el art.
3, al ordenar que
al, y éste lo dir
el testador ha d
porque las palab
ina, si las ideas
materializan, dig
gía que el testam
or destinado á se
. Ignoramos los
los últimos funci
y adecuadamente
a dar mayor gara
igidas por las le
ídico-militar, com
suficiencia acredit
y natural es, por
de Notario en esor
ito militar al no
de la vida, y sob

sustituiría siempre con más ventaja un individuo de ese Cuerpo á un simple Capitán ó á un Comisario de guerra. Nosotros preferiríamos que, siempre que acompañara al ejército ó destacamento ó se encontrara en el punto en que se halla el testador enfermo ó herido un Auditor ó cualquiera otro individuo del Cuerpo jurídico-militar, éstos fueran los que en primer término dirigiesen la formación del testamento.

Destacamento, según los artículos 315 y 317 del Reglamento de campaña de 1882, es voz genérica aplicable á toda tropa más ó menos numerosa, separada, eventual y temporalmente de su unidad ó núcleo táctico, con un encargo especial ó secundario y por lo regular independiente; un batallón destaca una compañía, como una división destaca un batallón, y un Ejército una brigada ó una división entera. Destacar es separar, segregar; y conviene no confundir servicio destacado con servicio avanzado, así como fuerte avanzado con fuerte destacado, es decir, lejano, independiente. El destacamento puede tener varios objetos, no sólo en su fuerza y composición, sino en la duración de su especial servicio.

Tratándose de un testamento militar hecho en destacamento, cualquier jefe de éste puede recibirlo, aunque sea un simple cabo ó sargento. A este efecto, y autorizando tal interpretación, la edición última del Código ha suprimido la frase «ante el oficial», sustituyéndola por la «ante el que lo mande», refiriéndose al destacamento é indicándose que no importa la categoría del jefe, siempre que éste lo sea de aquél.

Como prescripción general común á todas las anteriores formas militares de testar, encontramos en el art. 716 la de que intervengan en ellas siempre dos testigos idóneos. Ya sabemos por los precedentes comentarios lo que esa frase de «testigos idóneos» quiere significar; la imprescindibilidad de que se cumplan todas y cada una de las condiciones legales que da á conocer el artículo 681 del Código, con referencia á toda clase de testigos testamentarios. Pero, ¿es posible cumplir tan rigurosa prescripción en el testamento militar? ¿Se ha de exigir sin excusa de género alguno el requisito del núm. 3.º de dicho artículo, ó sea el de que los testigos del expresado testamento gocen de la cualidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento? Imposible nos parece que tal idea estuviera en la mente del legislador.

aple plumada todo lo escrito en testar en tiempo de guerra ha de ser fácil ni hacedero domiciliados, sino otra cual- de los que se busquen entre que siguen á éste en cual- res se encontraran siempre yos vecinos ó domiciliados voluntad dispuesta en esas alguno de duda sobre el par- contrar, como ocurrirá muy destacado en punto distante ra con lugar habitado, ¿qué posible hallar, á no ser ele- Man las fuerzas destacadas diarse acudiendo al empleo 720, para casos de peligro atalla, asalto ó combate, en á la idoneidad de los dos testamento, porque pueden puesto, esas situaciones de acesos que comprometan la ero de éste, para los efectos

ian de restringir el alcance
cos,» ó se hace precisa y ur-
ativo que ponga en términos
n que comprende el párrafo
ser, por otra parte, de peor
el que se otorga reinando
este caso se requiere simple-
mayores de diez y seis años,
nte de la idoneidad perfecta.
anormalidad que el lector
dicho art. 716; pero nos es
o el deber moral del comen-
raña el sentido del texto le-
¿cómo se otorga, quién lo
bra, con qué condiciones y

en qué forma se hace? Nada nos indica ni da á entender el legislador, lo cual tiene indudablemente que sorprender en gran manera al que perciba estas inconcebibles anomalías, y aun más inconcebibles cuando debió tenerse á la vista el art. 715 del proyecto de 1882, en cuyo último apartado también se declara que en todos los casos de este artículo (los mismos del nuestro 716) será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos; pero se añade «y la observancia de lo prevenido en el art. 692», el cual especificaba las reglas de otorgamiento del testamento abierto más solemne de los casos ordinarios.

Por lo que se desprende de la atenta lectura de dicho art. 716, y además de la combinación con el mismo de los 717 y 718, creemos que la forma de testar á que alude el primero es indudablemente la abierta y pública, pero la duda antes indicada, visto el silencio del legislador, nace de que, como el testamento militar es excepcional y de mucho menor número de formalidades que el normal y ordinario, hay pocos motivos de convicción para asegurar si deben aplicarse las solemnidades de los artículos 694 á 696 y 699 del Código, ó si, por el contrario, debe dispensarse en parte el cumplimiento de los mismos racional y prudentemente. Entre esos requisitos se halla el muy interesante relativo á la unidad de acto.

A falta de luz ú horizonte que nos haga vislumbrar, sobre el indicado extremo, el propósito del autor del Código, nos es forzoso opinar que tratándose, como se trata, de un testamento abierto, y no encontrando en el art. 716 ninguna idea ni señal de dispensa de formalidades, aunque tampoco se disponga que se sigan las reglas de los casos ordinarios, el testamento militar se otorgará, ya de palabra, y reduciéndose á escrito por el capitán, capellán, facultativo, jefe del destacamento ó por los testigos, ya por virtud de minuta con arreglo á la cual se redacte la última voluntad, si aquella no puede servir definitivamente para ser firmada desde luego. Se consignarán el lugar, año, mes, día y hora del otorgamiento, se hará constar la capacidad legal del testador y, en una palabra, habrán de observarse todas las formalidades propias del testamento abierto normal, según los artículos que antes hemos citado, y aun la relativa á la unidad de acto, porque de otra suerte tendríamos que establecer distinciones y marcar preferencias en

de determinados requisitos, lo art. 716.

Y á si entre los testigos ha de como lo prevé el art. 3.674 del Código, declarando el 3.675 que los menores de edad, si fuesen sólo soldados y ocho años cumplidos de edad en el referido precepto de lo posible, la mayor parte de los testamentos militares más que los de la parte del ejército. El Código de 1812 admite por testigos aun á las mujeres (art. 775, § último) exige que firmen. El Código prusiano (art. 1915) exige la firma del testador.

Rescindía, como ya sabemos, de lo que la *Novísima Recopilación*, *Precedentes legales*, empezó ya á derogar el de que mediara Escribano en el lugar en que otorgase testamento el Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1808, que concede al Jefe de la *tit. XVIII, libro X de la Novísima Recopilación* testamentos en cualquier forma la sentencia que declara no ser militar que no esté firmada más que en el lugar en que se otorga. Esarse en ella que sería firmada por la misma legislación antigua y la que hoy contribuyen á mantener la

militar que hemos examinado, cuatro meses después que el testamento de campaña.

*

Los testamentos de campaña pueden también otorgarse por el art. 716 otorgar testamento en cualquier forma en las localidades de los casos ordinarios,

excepto en lo referente á la intervención notarial, que será suplida por la de un Comisario de guerra. Bien examinada esta disposición, presupone que muy tranquila ha de ser la situación del militar ó del que á él se equipare, para los efectos testamentarios, si han de cumplirse todos los requisitos de los artículos 706 y siguientes del Código, porque la única excepcionalidad que introduce el art. 717 es en cuanto á la persona que haya de ejercer la función notarial. En lo demás, habrá de acudirse á las prescripciones pertinentes de la *Sección sexta* anterior.

La mayor parte de las veces se empleará esa forma de testar porque el testador tenga ya escrito de antemano el proyecto de su última voluntad, precisando solamente del Comisario de guerra y testigos para la formalización de aquélla en la manera que dispone el art. 717. Esto no quiere decir que las necesidades de la campaña no puedan dejar tiempo y reflexión suficiente para meditar la redacción del que ha de ser testamento cerrado, porque no abrigamos la más ligera duda de que nuestro art. 717 alude, no sólo á las personas, sino también á las ocasiones determinadas en el artículo anterior. Aunque el legislador haya estado poco explícito en el art. 717, la inmediata colocación de ambos preceptos (el 716 y el 717) y la índole excepcional de la forma de testar que regula el segundo ahuyentan todo motivo de vacilación al sostener que no puede testarse militarmente en la forma cerrada sino en tiempos de guerra y hallándose el ejército en campaña. De lo contrario se destruiría indirectamente la naturaleza del privilegio ó excepción que venimos explicando en la presente *Sección séptima*.

Recordamos en este momento lo que hemos dicho en páginas anteriores al advertir la impropiedad de encomendar á un Comisario de guerra el oficio notarial, cuando estaría más en razón ejercido éste por cualquier individuo del Cuerpo jurídico-militar, siempre que formara parte del ejército, y sólo en su sustitución debería intervenir dicho Comisario; mucho más tratándose del testamento cerrado, para cuyo otorgamiento es preciso conocer un mayor número de solemnidades establecidas por el Derecho, teniendo además en cuenta la imposibilidad de que los cinco testigos que han de figurar en dicha forma cerrada, gocen de todas las condiciones que constituyan su perfecta idoneidad, principalmente por lo que se refiere á la vecindad ó domicilio.

en este caso ideas que tuvieron su amplio debido, manifestaremos que no importa que tanto lo haya extendido el que goza del fuero de entrar en campaña, sino hasta antes de ser sentido al ejército.

b. *II de las Instituciones* de Justiniano decía que si un soldado que al entrar en la milicia hizo testamento con testigos legítimos, y siendo militar y estando en campaña añadió ó quitó alguna cosa, ó de cualquier modo expresó su voluntad como soldado de que quería que su testamento sería válido como el hecho de nuevo

no es necesario nos parece repetir toda la doctrina contenida en los artículos 706 y siguientes: Bien reciente está la doctrina de los artículos 706 y siguientes con aplicación al testamento cerrado en tiempos de mayor normalidad de la guerra y en tiempos de guerra. No es necesario comprobar que ninguna dificultad más se ofrece que ofrece su observancia. En consecuencia corresponde tratar de la aplicación de parte de los artículos 706 y siguientes á otras formalidades del testamento cerrado.

La doctrina contenida en el art. 717 es completamente nueva en el proyecto de 1882 ni el de 1851 la tienen. La doctrina de prescripciones análogas de los Códigos francés (1.046), chileno (1.047), de la República Argentina (799), entre otros.

Los testamentos otorgados con arreglo a las leyes anteriores deberán ser remitidos con el original al cuartel general, y por éste al Jefe de la guerra.

Si hubiese fallecido el testador, remitir al Jefe del último domicilio del difunto conocido, al Decano de los de Matrimonio el oficio cite á los herederos y demás interesados en la sucesión. Éstos deberán solicitar que

se eleve á escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

Cuando sea cerrado el testamento, el Juez procederá de oficio á su apertura en la forma prevenida en dicha ley, con citación é intervención del Ministerio fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados.

Concordancias.—Análogo al art. 575 del proyecto de Código de 1851, é igual al 716 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—Como disposiciones complementarias de los dos artículos que acabamos de comentar, siguen las de los 718 y 719, el primero de aplicación á ambos y el segundo que se refiere exclusivamente al 717.

Los testamentos abierto y cerrado que otorgue un militar ó persona que siga al ejército, en tiempo de guerra y período de campaña, se remitirán, al parecer, aun sin esperar á que fallezca el testador, al cuartel general, y por éste al Ministro de la Guerra.

Declara el art. 6.º del Reglamento para el servicio de campaña de 5 de Enero de 1882, que el primer acto de la organización de un ejército es la constitución del mando por la composición del cuartel general. La composición del cuartel general de un ejército de operaciones, prescribe el art. 10, será la siguiente: General en Jefe de Estado Mayor general, Comandante general de Artillería, Comandante general de Ingenieros, Inspector general de Comunicaciones y depósitos, Intendente general, Inspector de Sanidad, Auditor general, Vicario general, Gobernador del Cuartel general, Comandante de la Guardia civil, Conductor general de equipajes, Aposentador general, Guías, Escolta, Ordenanzas, Veterinarios, Herradores, Intérpretes, Imprenta ó Litografía. El artículo 16 dice que los Cuerpos de ejército y divisiones tendrán respectivamente sus cuarteles generales, proporcionales al del ejército. Las brigadas sólo llevarán un Oficial de Estado Mayor. Y por fin, el art. 17 ordena que para evitar equivocaciones en la

, se denominarán: Cuartel Real, el del Rey; ejército, el del General en Jefe; Cuartel ge-
ejército, Cuartel general de tal división.
legales ya podrá comprenderse el signifi-
tel general que emplea el art. 718.

apartado primero de dicho artículo equi-
711 con referencia al testamento cerrado:
ción de la última voluntad del testador en
se del orden militar, en vez de serlo en el
onario notarial. El Negociado correspon-
la Guerra será el encargado de la guarda
últimas voluntades y de proponer en su
las prescripciones restantes del artículo

amento al Cuartel general con toda la po-
circunstancias del caso requieren, parece
apitán, Capellán, Facultativo, Oficial ó
le hubieran recibido la última voluntad;
r razón de jerarquía y de procedimiento
erse con las Autoridades superiores que
el general y los que deben ser responsa-
n del testamento, después que éste haya
que el testador ó los testigos, por volun-
an el testamento y se atribuyeran, por
ad.

imiento del testador la recibirán en el Mi-
r los partes de bajas debidamente accredi-
tel general se remitan á dicho Centro.

suicientes para proceder á la aplicación
le nuestro art. 718, ó sea para remitir el
z del último domicilio del testador el tes-
xigencia excesiva y además de imposible
igase á acreditar dicho fallecimiento por
el Registro civil respectivo.

ar el último domicilio del difunto, si éste
en el testamento abierto, ó si no resulta
re respecto al fallecido exista en el Mi-
para los casos en que esto no ocurra, in-
diamos el medio de dirigirse al Juez De-

cano de los de Madrid, quien de oficio citará á los herederos y demás interesados en la sucesión. Ese verbo *citar* empleado en el modo singular, debió serlo en el plural, porque tal citación, según el espíritu de dicho artículo, han de practicarla tanto el Juez del último domicilio del difunto como el expresado Decano en su respectivo caso. Así se desprende también del párrafo tercero del precepto. Esa competencia atribuida, aunque no sea más que sustitutoriamente, al Juez Decano de Madrid y al del último domicilio del difunto, representa una excepción al principio general formulado en el núm. 22 del art. 63 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el cual, en las diligencias para elevar á escritura pública los testamentos escritos sin intervención de Notario y en las que hayan de practicarse para la apertura de los testamentos cerrados, será Juez competente el del lugar en que se hubieren otorgado respectivamente dichos documentos; porque es de suponer que ante esos Jueces á quienes ha de remitir el Ministro de la Guerra el testamento militar se han de instruir los oportunos expedientes de elevación á escritura pública y apertura. No hay en todo el art. 718 la más pequeña indicación de que el Juez del último domicilio del difunto ó el Decano de los de Madrid concluyan sus oficios después que hayan ordenado la citación de los herederos y demás interesados en la herencia, y deban trasladar las diligencias testamentarias al Juez cuya competencia declara la ley procesal civil en su citado art. 63. El expresado apartado 3.º hace, sí, referencia á aquella ley; pero solamente para la práctica de las diligencias de jurisdicción voluntaria antes indicadas, tanto en lo que se refiere al testamento militar abierto como al cerrado. Aunque hay un punto de partida conocido para determinar la competencia según la ley de Enjuiciamiento civil, cual es el lugar del otorgamiento de la última voluntad, por cuyo motivo pudiera corresponder al Juez del partido donde esté enclavado el campamento ó punto en que testó el militar y demás que siguen ó acompañan al Ejército, siempre que ambos se hallen en territorio español, el sentido de todo el art. 718 no autoriza esa interpretación, que además sería de imposible práctica cuando el testamento se hubiera otorgado hallándose las fuerzas militares españolas en territorio de otra Nación.

Ténganse presentes, para comprender el significado legal de

» la prescripción del art. 40 del Código y las del 64 de la ley de Enjuiciamiento civil. Se declara que el *domicilio legal* de los militares será el del pueblo en que se hallare el Cuerpo cuando se hiciere el emplazamiento. A esta regla no puede referirse nuestro art. 718, porque el 68 habla á los efectos procesales de la *intención*, si se refiriera á dicho domicilio legal no aludiera al testador. Nosotros creemos que con *domicilio que tuvo el difunto*, se alude al de que le salió á campaña. Por otra parte, con mucha eficacia citará á los herederos é interesados en el último domicilio habitual del testador. En ese lugar debe suponerse que han de estar. En general, dichos herederos é interesados, á ser más factible también citar en persona. En la familia y las amistades adquiridas durante la vida social en el lugar del nacimiento, en el que mayor tiempo de la vida, ó en el que se lograron indisolubles relaciones en todos los órdenes de la vida humana, ideas que implican todas las de domicilio fijo, creemos que son preferidas por el testador particular de que venimos tratando, á la consideración de haber residido accidentalmente el militar en los puntos recorridos por el ejército á que pertene-

» y 3.º del art. 718 ostensiblemente se refieren á testamentos abiertos; porque de otra suerte no podrían tenerse en cuenta que el primero cita de los herederos é interesados en el último domicilio; y no se hablaría en el segundo de la *intención* de la escritura pública el testamento.

Además de que el Juez del último domicilio ó el Delegado ordenen de oficio la práctica de la citación radica la observación hecha en comentarios de la parte adjetiva de los testamentos abiertos y convertidos en escritura pública y de los testamentos que se han de realizar, refiriéndonos á que nunca debe proceder el Juez más que á instancia considerada legítima para el caso por la ley de

procedimiento civil: A los herederos é interesados en la herencia, que son esas mismas partes legítimas, al citárseles no se hace más que ponerles en condiciones de pedir por sí solos esa elevación á escritura pública del testamento, si es que voluntariamente quieren tomar tal iniciativa, porque si no la autoridad judicial terminará su cometido después que se practique la citación acordada, sin que de oficio pueda hacer ninguna otra cosa más.

A dichos interesados, en una palabra, se les cita para que sepan que les ha sido reconocida esa condición por el testador, lo que de otro modo ignorarían, á fin de que después procedan como bien les parezca y convenga. A tales efectos habrá que considerar como interesados en el testamento abierto, y, por lo tanto, como personalidad legítima para acudir ante el Juez que haya de instruir el expediente de jurisdicción voluntaria, al que hubiere recibido en el testamento cualquier encargo del testador, según el núm. 2.º del art. 1.944 de la ley procesal civil.

Algunas dificultades habrá de ofrecer la práctica de los trámites que comprende el *tít. VI, libro III* de dicha ley adjetiva, al aplicarlos al testamento abierto militar, y cuyo procedimiento en su totalidad deberá seguirse, al parecer, sin modificación alguna, ya que en términos absolutos habla el párrafo 3.º de nuestro art. 718.

Por de pronto, hay que partir de la consideración de que el testamento siempre se presentará escrito; y en él habrán de reconocer sus firmas, tanto los dos testigos que asistieron á su confección, como el Capitán, Facultativo, Capellán ó Jefe del destacamento que presidiera el otorgamiento. El Juez expedirá el oportuno exhorto á la autoridad militar respectiva si el Ejército se halla todavía en campaña, ó al Juzgado correspondiente si ha cesado la guerra, en cuyo exhorto se incluirá el testamento para que puedan reconocer dichas personas las suscripciones que en el mismo hayan estampado, y para que además sean examinadas por el contexto de la disposición testamentaria, á fin de que digan si es la misma que se les leyó y si tienen por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas, en el caso de haberlas puesto, según dispone el art. 1.952 de la ley procesal.

¿Y en qué Notaría se ha de protocolizar el testamento militar abierto? No vemos inconveniente en que se observen aun en ese

ato del No-
Enjuicia-
l testador,
e había de
l elección,
ario de la
as diligen-
n Notario,

oder á su
e dilataria
dispone el
e primeras
ley proce-
ón del Mi-
a la parte
apertura,
cada ley,
n tener es-
los cuales,
el acto de
l.961 de la
o practica

estamento;
rigen más
observará

xiante indi-
deduzca la
a, en cuyo
de que la
or y la ley
l actuario
stamente *
yan a de-
lguna en-

El Juez debe prescindir del cumplimiento del art. 1.959 de la ley procesal, porque la prueba del fallecimiento del testador necesaria para la apertura del testamento ya resulta del hecho de la remisión de éste á la autoridad judicial por el Ministerio de la Guerra; y repetimos que de lo que se trata simplemente con tales diligencias es de abrir el testamento para saber quiénes, en un concepto ú otro, son los interesados en la herencia, los cuales si quieren, pueden completar la acción judicial demandando la práctica de los restantes trámites, que conviertan el testamento en plenamente eficaz y obligatorio.

El Juez, pues, hará caso omiso de los demás artículos siguientes al 1.958 de la expresada ley y observará el 1.966, es decir, abrirá el pliego testamentario, á no ser que exista la prohibición de la apertura, y en presencia exclusivamente del Ministerio fiscal, á quien dará á conocer lo dispuesto por el testador, ordenando á seguida citar en forma legal á los que en el testamento se comprenda que pueden tener algún interés en la sucesión del difunto. Los que así sean considerados por el Juez y citados debidamente (en persona por cédula ó por medio de edictos en los periódicos) podrán después pedir que en audiencia pública se dé lectura del testamento, cumpliendo los artículos 1.967 y 1.968 de la ley de enjuiciar, y después que se protocolice con todas las diligencias originales de la apertura en los registros del Notario que haya designado el testador, y á falta de esta designación, en los del que el Juez acuerde, porque no es posible de otro modo aplicar por analogía los preceptos de dicha ley y del Reglamento notarial sobre el particular.

Dicho Notario pondrá después en conocimiento de la Junta directiva del Colegio notarial respectivo la protocolización del testamento, para incorporarlo al Registro de actos de última voluntad, ya que antes de ese momento no es posible realizar tal trámite.

Declarado nulo un testamento militar otorgado en condiciones de mayor tranquilidad de la campaña y según lo previsto por el art. 717, el Capitán, Capellán, Facultativo, Jefe del destacamento ó Comisario de guerra, en su respectivo caso, responderán de los daños y perjuicios en su virtud causados, cuando hayan procedido con culpa ó negligencia. Aunque el Código

calla sobre este extremo en la presente *Sección séptima*, quedan siempre como aplicables á todos los casos en general las reglas de las obligaciones que nacen de culpa ó negligencia, *cap. 11, título XVI, libro IV* del Código.



El Código de justicia militar de 27 de Septiembre de 1890, en el núm. 2.º de su art. 11, declara que la jurisdicción de Guerra es también competente para conocer en materia civil de los testamentos otorgados por militares pertenecientes á un ejército en campaña ó en país extranjero, con arreglo á los artículos 716 al 721 del Código civil, entendiéndose reducida la competencia de tal jurisdicción á los límites que en estos artículos se determinan. Ya hemos visto á qué trámites tan sencillos y á qué escasa intervención queda reducida esa competencia, la únicamente precisa por razón de las circunstancias anormales en que se encuentra el militar en campaña.

Como la práctica del procedimiento objeto de nuestro artículo 718, y aun el de los 720 y 721, puede á veces dilatarse algún tiempo, no hay que echar en olvido la excepción establecida por el art. 268 de la ley orgánica del Poder judicial de 15 de Septiembre de 1870, confirmada por el 52 de la ley de Enjuiciamiento civil, según los cuales, la prevención de los juicios de testamentaría y *ab intestato* de los militares muertos en campaña corresponde á los jefes y autoridades de Guerra; limitándose tal prevención á la práctica de las diligencias necesarias para el enterramiento y exequias del difunto, formación de inventario y depósito de los bienes, libros y papeles y su entrega á los herederos instituidos ó á los que lo sean *ab intestato* dentro del tercer grado civil, siendo mayores de edad y no habiendo quien lo contradiga. En otro caso, y cuando no se hayan presentado los herederos, ó sea necesario continuar el juicio, se pasarán las diligencias al Juzgado á quien corresponda el conocimiento de la testamentaría ó del *ab intestato*, dejando á su disposición los bienes, libros y papeles inventariados.

El referido Código militar, en el número primero de su artículo 11, ha modificado alguno de los expresados particulares, extendiendo hasta el cuarto grado civil el parentesco de los here-

deros *ab intestato* á quienes hayan de entregarse los bienes hereditarios, haciendo desaparecer la restricción de que aquéllos sean mayores de edad y el extremo de que no haya quien contradiga la entrega. Añade que cesará la intervención de las autoridades militares, pasando las diligencias á la jurisdicción ordinaria, tan luego como los asuntos del *ab-intestato* adquieran carácter contencioso. Obsérvase asimismo que el referido artículo del Código militar no cita para nada á los testamentarios.

Según los artículos 131 y 132 del mismo Código, son competentes para promover las primeras diligencias de *ab-intestato* de los militares de todas clases, empleados y dependientes del ejército, las autoridades militares de la localidad y, en su defecto, los jefes y oficiales á cuyas órdenes estuviere el finado: Cuando algún individuo del ejército, separado de un cuerpo, falleciese en navegación, practicará las primeras diligencias del *abintestato* el comandante ó capitán del buque que lo condujere, entregándolas para su continuación á la autoridad competente del punto de arribada español. El art. 740 previene que, ocurrido el fallecimiento de un militar en servicio activo, la autoridad militar del punto en que tenga lugar dará comisión á un oficial del cuerpo á que pertenezca el finado, á un ayudante de plaza ó á otro oficial, para que, personándose en la casa mortuoria, presten los auxilios necesarios; y se practicará después todo lo demás que detalladamente establece el *capítulo II del tít. XXVII, tratado 3.º* de dicho cuerpo legal militar, al que para mayores ampliaciones remitimos al lector. (*Véase Apéndice.*)

ART. 719. Los testamentos mencionados en el artículo 716 caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

Concordancias.—Análogo al art. 576 del proyecto de 1851 é igual al 717 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO. — Los testamentos abiertos que en tiempo de guerra y durante la campaña pueden otorgar los militares, vo-

luntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército ó que sigan á éste, son condicionales, como todas las formas privilegiadas de testar, introducidas sólo en consideración de circunstancias anormales: Desaparecidas éstas, cesa así la razón de ser de aquéllas. Si concluyó la epidemia, si ha pasado el peligro inminente de muerte sin que ésta sobreviniera al militar, vuelve á la misma situación de normalidad que todos los demás ciudadanos, deja ya de tener justificación el privilegio. Todos los que se han encontrado en ese estado de apremio y riesgos posibles y graves contra su vida se someten á la niveladora que el Derecho civil, en circunstancias también normales, establece para todos los hombres.

El militar, aunque siga siendo militar, si abandona la vida irregular de sorpresas, de intranquilidad continua, de carencia de medios para solemnizar, según la norma ordinaria, los actos jurídicos, y torna á la vida de cuartel, de guarnición, de disciplina, de fuerza preventiva para garantizar la seguridad de la Nación, ya sometido á la ley común, y no hallándose en otros casos de imposibilidad, testará por medio de Notario y con el número de testigos y formalidades, que variarán según adopte la forma pública ó la cerrada.

Como el art. 716 hemos dicho que indudablemente no sufre más que á los testamentos militares abiertos otorgados en la situación de mayor tranquilidad de la guerra, la más lógica indica que el 719 debió insertarse á continuación del 716, como una aclaración suya, y hasta podría constituirse un apartado, ya que el 718 comprende disposiciones comunes á los 716 y 717.

Los testamentos cerrados del 717, por la clase de soldados que en ellos concurren, tienen ya carácter definitivo, al parecer, para ese efecto verdaderos testamentos comunes.

El Derecho romano, en el § tercero, tít. XI libro II de las Instituciones de Justiniano, conforme con la ley 26, tít. I, libro 2 del Digesto (1), declara que las Constituciones imperiales sólo ordenan el privilegio del testamento militar á los soldados.

(1) *Testamenta eorum, qui ignominiae causa missi sunt, non valent militari iure valere quod anni exatium testamentis eorum honestam vel causariam missionem meruerunt tribuitur.*

cuanto militan y viven en los campamentos; así, los veteranos, después de despedidos del servicio, ó los que aún militan, si otorgan testamento fuera de sus campamentos, deben hacerlo siguiendo las formas del Derecho común á todos los ciudadanos romanos; el mismo testamento que hicieren en el campo, no con arreglo al Derecho común, sino á su albedrío, sólo será valedero por un año desde que dejaren el servicio. Estas disposiciones no se previeron en la legislación española antigua, por regular el testamento militar como un privilegio propio de la milicia en cualquiera situación en que ésta se encontrara: Ni en el *Fuero Juzgo* ni en las *Partidas* ni en la *Novísima Recopilación* hallamos limitación alguna respecto al tiempo durante el que ha de reputarse válido el testamento militar. Las *Ordenanzas del Ejército* continuaron mandando aplicar aquél para todos los casos y circunstancias sin distinción. Hasta el proyecto de Código civil de 1851, de cuyo art. 576 está copiado el que comentamos, no empieza á señalarse duración á la eficacia del testamento militar, expresándose en ese mismo sentido el art. 717 del proyecto de 1882.

En la fijación de ese plazo cabe favorecer más ó menos á la clase militar, teniendo en cuenta las prerrogativas á que es acreedora por el servicio que presta á la Nación. Los Códigos extranjeros ofrecen sobre el particular la más disconforme variedad. Desde el portugués (art. 1.945) y el de Guatemala (787), que fijan ese plazo en un mes, siguen los de la República Argentina (3.676), el italiano (803), chileno (1.044), de Holanda (999) y de Colombia (1.101) señalando el período de tres meses ó noventa días, los francés (984) y del Uruguay (778) designando el de seis meses ó ciento ochenta días; y, por último, los de Baviera (artículo 4.º, cap. IV, lib. III) y de Prusia (192), que marcan el plazo de un año. Nuestro Código se ha colocado en un término medio razonable, al fijar el período de cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

El plazo además, por lo que se ve, ha de aprovechar y favorecer individual y exclusivamente á cada testador, á cada militar. No ha de servir en todas ocasiones de punto de partida para el cómputo de ese tiempo la declaración del fin de la guerra ó de la campaña; como sucede tratándose de los testamentos otorgados en período de epidemia, respecto de ésta. Bien puede seguir la guerra y continuar acampado el ejército; y, no obstante, alguna

nombrados

algún destacam
autorizados para
esa no compren
á sus mismas c
narias de vida,
formas comun
la República A
an que si el tes
lientes á aquel e
cias que lo hab
como si hubiera
ador sobrevivie

o que en su c
naneras: por n
al de retiro qu
me parte ó si
encargado ó fu
del Ministerio
la de todo ó par
Es, por tanto,
los Tribunales
n de nulidad c

claro es que p
dos los efectos
r esos cuatro m
, por tanto, en
se de ese perío
para el objeto
e el ilustre juri
alado *ipso iure* c
bserva el trata
tarse un nuevo
ción militar hu

remos que tan
se otorguen du
ite, en todo pe

próximo de acción de guerra, de los cuales vamos á tratar seguidamente.

ART. 720. Durante una batalla, asalto, combate y, generalmente, en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos.

Pero este testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.

Aunque no se salvare, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el artículo 718.

Concordancias.—Análogo al primer párrafo del art. 577 del proyecto de 1851 y al 718 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véase la ley 4.ª, tit. I, Partida 6.ª, anotada al pie del art. 716.*

Ordenanzas del Ejército de 22 de Octubre de 1768, tratado VIII, título XI.—Art. 2.º En el actual conflicto de un combate ó sobre el inmediato caso de empezarle podrá testar como quisiere ó pudiese por escrito sin testigos, siendo válida la declaración de su voluntad como conste ser suya la letra, ó de palabra ante dos testigos que depongan conformes haberles manifestado su última voluntad.

Art. 3.º Igualmente será válido el testamento hecho de cualquiera de los modos que expresa el artículo antecedente en todo naufragio ú otro cualquiera inminente riesgo militar en que se halle el testador, bastando en estos casos que manifieste seriamente su voluntad á dos testigos imparciales, aunque no sean rogados.

testamento militar,
artículos 706 y 707;
los dos testigos que
debiendo firmar todos
no asimismo el tes-

el proyecto de Código

9.

721.—Con el examen
de, estudiaremos las for-
mas, rehenes, prisioneros
de guerra, ó que sigan á éste,
de mayor riesgo, peligro
de vida, á que nos hemos
en consideración general
de las cuestiones que, con
han de presentarse.
de la guerra esté encen-
de nuestros dominios, para
de militar abierto del ar-
demostrativos con que
toda duda respecto al
indudablemente. La ba-
sa de tal gravedad den-
den en ella el grado de
de una parte en tales actos
de expresión que le queda
casos demostrativos se
de frase genérica: «y ge-
de guerra.»

de proceda con un pru-
de en la forma militar,
de facilidades con el que,

encontrándose ante los peligros remotos ó inmediatos de la guerra, puede siquiera contar con el consuelo de disponer su última voluntad lo mismo que los restantes hombres, aunque con menores solemnidades que éstos, como es natural. La autoridad judicial, en su día y caso, está, por tanto, en el estricto deber de aquilatar y comprobar la verdadera situación en que se encontraba el testador al disponer su testamento, según los artículos 720 y 721, no autorizando en modo alguno la elevación á escritura pública de testamentos otorgados por las reglas de esos dos preceptos cuando debieran haberse regido por los de los 716 y 717, en su caso.

Las Ordenanzas del Ejército, según puede verse en los *Precedentes legales*, suponían «el actual conflicto de un combate», ó el caso inmediato de empezarle; y algunos Códigos extranjeros (pues la mayoría no prevén esa situación de mayor riesgo en el campamento) hablan de peligro inminente de muerte. Lo que nos induce á creer que las formas de testar cuyo examen constituye el objeto del presente comentario son aquellas á que habrá de acudir en último extremo, empleando, si es posible, en caso de duda y de no ser el peligro tan inmediato, las de los artículos 716 y 717, para evitar contrariedades en el día de mañana y prever las contingencias y reclamaciones que pudieran oponer los herederos y demás interesados en la sucesión del militar difunto.

El testamento que supone el primer apartado del art. 717 se reduce á una simple manifestación de palabra del militar ó personas á él equiparadas en el momento en que sea próxima la inminencia del ataque ó de la entrada en una acción ofensiva de guerra, ante los mismos soldados, oficiales, jefes ú otras personas adscritas al Ejército, que se encuentren á su lado ó en sus inmediaciones.

En dicho apartado del art. 717, ya el legislador se cuida de no calificar á esos dos testigos que han de oír el testamento verbal, porque sería absurdo exigir determinadas condiciones de idoneidad en los momentos de grave peligro en que ante el temor de una muerte probable, se procura dejar arregladas de la mejor manera posible las cuentas y obligaciones pendientes en esta vida.

Como se supone que han de acompañar al Ejército ó formar parte de él varones mayores de diez y nueve años, con capacidad

de mandato de la ley, de cuya inobservancia habrán de responder debidamente en su día, al Auditor ó funcionario de justicia que siga al Ejército, manifestando haber oído á la persona de que se trata proferir las declaraciones que ordenó se tuvieran como su última voluntad; y esto siempre que de algún modo les constase la muerte de dicha persona, porque otra prueba del fallecimiento no es posible exigir en circunstancias tan críticas ó excepcionales como las que venimos suponiendo en el presente comentario. Dichos funcionarios recogerán por escrito esas manifestaciones, dando por tanto lugar á que sea posible la aplicación del art. 718, que parte ya del supuesto de un testamento escrito, y observándose después toda la sucesiva tramitación que hemos explicado al estudiar el mencionado precepto.

El Auditor y esos funcionarios de justicia que cita el art. 720 se comprende que han de ser los que componen el Cuerpo jurídico militar; ya que éste, según el art. 6.º del Reglamento de 14 de Enero de 1893, hoy vigente, tiene como principal misión facilitar la buena, recta y pronta administración de justicia y la exacta aplicación de las leyes del Ejército. Dicho Cuerpo, según el art. 1.º del mismo Reglamento, se compone de las categorías siguientes: 1.º, de Consejeros y Fiscal togados del Consejo Supremo de Guerra y Marina, con asimilación á Generales de división; 2.º, de Auditor general de ejército, asimilado á General de brigada; 3.º, de Auditor de guerra de distrito, asimilado á Coronel; 4.º, de Teniente Auditor de primera clase, asimilado á Teniente Coronel; 5.º, de Teniente Auditor de segunda clase asimilado á Comandante; 6.º, de Teniente Auditor de tercera clase, asimilado á Capitán; y 7.º, de auxiliares de Cuerpo, con la asimilación de primeros Tenientes.

El art. 38 del Código de justicia militar de 27 de Septiembre de 1890 declara que en las Capitanías generales de distrito, ejércitos de campaña, prevenidos ó de ocupación, Cuerpos de ejército, divisiones ó brigadas, plazas de guerra y Gobiernos militares, habrá los Auditores y demás funcionarios del Cuerpo jurídico-militar que exijan las atenciones del servicio, según las atribuciones judiciales de las autoridades ó jefes militares respectivos. En el examen que hemos hecho de la legislación existente reguladora de las funciones del Cuerpo jurídico-militar no encontramos disposición alguna que concretamente atribuya á los

nos parecen menores que las del art. 716, ó al menos de más fácil observancia, si resulta hacedero reunir ese número de testigos.

Atribuimos á una impropiedad de redacción del art. 720 la duda de que venimos ocupándonos, pero nos detiene la consideración de que las palabras de la ley rechazan la opinión que vamos á formular, siquiera concuerde con el propósito del legislador, que no pudo ser ilógico en sus creaciones, ni menos anti-humanitario, como lo sería ciertamente denegando á un militar herido ó moribundo por consecuencia de una acción de guerra ya terminada la facultad de testar verbalmente ante dos testigos.

Si un testamento hecho en tales condiciones se presentara á ser discutido ante los Tribunales, nosotros mostraríamos nuestro parecer en el sentido de su perfecta validez, siempre que otra clase de obstáculos legales no condujeran á la nulidad del mismo. Los principios generales del Derecho, los argumentos de verdadera analogía que se desprenden de la situación del que testa según la letra del art. 720 y del que está en peores condiciones de mayor gravedad y riesgo contra su vida, y la máxima eterna de justicia *«ubi eadem est ratio, eadem esse debet legis dispositio»*, decidirían, á nuestro juicio, indudable y razonablemente la cuestión.

* * *

La forma cerrada del testamento militar que se otorgue en la situación de extraordinarios riesgo y urgencia en que un militar ó personas que sigan al Ejército en campaña y tiempo de guerra pueden encontrarse según la regla el art. 721 del Código, muy raras veces habrá de emplearse, y todavía menos que la del 717. Las más de las veces sólo se usará cuando el testador lleve ya consigo escrita su última voluntad y encerrada en el pliego que ha de autorizarse sobre el campo de batalla ó en punto en que experimente el peligro próximo de una acción de guerra. El artículo dicho 721, por tanto, alude simplemente al que hemos denominado siempre *otorgamiento* del testamento cerrado.

Ejercerán las funciones notariales en el caso que nos ocupa, el oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán; y no podrá, al parecer, intervenir en tal sentido el Comisario de Guerra, porque no se hace en el art. 721 más referencia que al 716, lo cual representa para nosotros un evidente contrasentido. Los

tamentos cerrados militares regulados por el art. 721 no pueden ser provisionales sino definitivos en cuanto á sus efectos, es decir, no caducan por lapso alguno de tiempo, sino exclusivamente en el caso de revocación. El art. 719 alude exclusivamente á la modalidad testamentaria regulada por el art. 716, y el 720, párrafo segundo, menciona nada más que los testamentos verbales hechos durante una batalla, asalto, combate ó en todo peligro próximo de acción de guerra, para los efectos de la caducidad; nada se indica respecto á los testamentos cerrados del art. 717 ni del 721. Luego, por el principio *inclusio unius exclusio alterius*, y por la consideración de que no hay el más insignificante dato que pruebe ser otro el propósito del legislador, habrá que convenir en que, si al testamento del art. 721 no se le ha puesto límite alguno, en cuanto á los efectos de su duración, y sí á otras formas del testamento militar, ha de tener la primera toda la eficacia de los testamentos cerrados ordinarios. El párrafo segundo del art. 720 dispone bien terminantemente: «este testamento (es decir, el verbal sólo) quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.» Nada importa que el artículo 730 haya aplicado á todas las formas del testamento marítimo la prescripción general de que caducarán á los cuatro meses, contados desde que el testador desembarque en un punto donde pueda testar en la forma ordinaria. Esto indicará que el legislador pudo haber sido un poco más severo tratándose de los testamentos marítimos que de los militares, ó que en éstos fué menos explícito al regular todas sus incidencias. Pero nos parece fuera de toda discusión que, según la letra, y aun según el espíritu, ó al menos sin que éste contradiga á aquélla, los testamentos cerrados otorgados durante una batalla, asalto, combate y, generalmente, en todo peligro próximo de acción de guerra, no necesitan clase alguna de confirmación ni de formalización posterior para que sean perfectamente válidos, y sólo dejarán de surtir sus efectos cuando fueran revocados. Además, las funciones notariales tan representadas estarán por el Oficial de graduación, no inferior á Capitán, como por el Comisario de guerra del art. 717.

Únicamente se conseguirá que sea otra la doctrina legal modificando los aludidos preceptos ó dándoles otra clase de referencias, que denuncien el propósito del autor del Código en el

ocasionado á riesgos y peligros, principalmente cuando trueca sus ordinarias tranquilidades por los enfurecimientos de un mar enrespado, del que resulta sencillo juguete el navio más poderoso; la carencia á bordo de los medios ordinarios para testar con que cuentan los que se hallan en tierra; la improbabilidad de terminar en tiempo y ocasión convenientes una expedición encomendada á los azares de una larga y peligrosa travesía. No hay aquí, pues, favor ni privilegio otorgados á una determinada clase de la sociedad por tradición al respeto que merezca ó por consideraciones graciosas que simplemente crea le correspondan. La excepcionalidad no se concede solo al marino, sea éste mercante ó militar, sino á *todo* el que vaya embarcado, pasajero ó tripulante, enfermo ó sano, jefe ó el último de á bordo, extranjero ó español; en una palabra, á todo el que acepta voluntaria ó forzosamente los riesgos de una expedición marítima.

Dice Vittore Vitali: «Prescindiendo de la cualidad de militar, la condición de marino es por sí especial, no estando en su arbitrio el testar por la forma ordinaria y pudiendo encontrarse en la inminencia de la muerte y sentir la necesidad de ordenar sus últimas disposiciones.»

Aunque son muy escasos los precedentes históricos acerca del testamento marítimo, le encontramos ya admitido, sin embargo, en el *Digesto romano*, cuya ley 1.^a, § 1.^o, tít. XIII, libro 37, expresa: «*Item navarchos et trierarchos classium, iure militari posse testari nulla dubitatio est. In classibus omnes remiges et nautae milites sunt. Item vigiles milites sunt et iure militari eos testari posse nulla dubitatio est.*»

investigaciones y de fuente doctrinal y legal de autoridad indiscutible.

Alguna confusión y falta de método hallamos en los preceptos que constituyen esta *Sección octava*, sobre todo comparada con la que le precede en el Código. Sin embargo, un ligero estudio de la misma enseña que también se admiten dos situaciones para los efectos testamentarios del que va embarcado: una de normalidad dentro de la vida de á bordo y otra de riesgo inminente por el peligro de un naufragio. Dentro de la primera situación se puede testar en la forma abierta, en la cerrada y en la ológrafa, según las reglas que los artículos 722 al 730 detallan; en la segunda sólo cabe, al parecer, según ya veremos, el testamento abierto. La cita del testamento ológrafo no la hacemos como novedad propia solamente de los que quieran disponer su última voluntad yendo á bordo, pues lo mismo puede testar en esa forma el militar, cumpliendo unos y otros todas las solemnidades ordinarias que el Código prescribe. No presenta tal testamento anormalidad de ningún género, como veremos, al usarlo los que testan dentro de un buque, como no la presenta cuando sea empleado por los que forman parte de un ejército y los que siguen á éste. Aquí lo citamos porque también lo cita, con otro objeto, el artículo 729.

Advertiráse asimismo en el conjunto de preceptos que constituyen esa *Sección octava* lo equiparadas que, para los efectos testamentarios, se hallan la marina de guerra y la mercante, dejando de ser la primera la única que goza del privilegio de testar con arreglo á solemnidades especiales. La presente legislación, no

ese sentido la clase militar y la de
tes, sino que aplica los beneficios tes-
lo el que, en cualquier concepto, viaje
ibarque en cualquier navío. El peligro
mar igualmente afectan á unos que á
), todos deben ser iguales ante el De-

n especialidades del testamento marí-
aciones foreras. Éste se otorgará pro-
de los dominios del Derecho común y
unque así no fuese, por el hecho de
, dada la imposibilidad de acudir á
mentaria normal, dase á entender que
odo de ordenar la última voluntad en
ias, sin que la elección sea, en la gran
sos, posible. Aun hallándose el buque
ma provincia marítima sujeta á la le-
e impondría el uso de ese testamento
in lo regula el Código.

nenta que nos referimos exclusiva-
de los testamentos; en cuanto al con-
subeistirán las reglas generales del
so aplicable, lo mismo tratándose de
s ó mercantes, que de simples ciuda-

o se crea que los marinos de guerra
e otorgar testamento marítimo: tam-
lear el militar con las formalidades
e anterior sección. Aunque el Código
e el particular, el núm. 2.º, art. 11 de
ración y atribuciones de los Tribu-
de 10 de Noviembre de 1894, declara

que es de la competencia de ésta la autorización de los testamentos otorgados en tierra por marinos pertenecientes á fuerzas de la Armada en campaña ó en país extranjero, cuando dichas fuerzas operen con independencia del Ejército, con arreglo á los artículos 716 al 721 del Código civil, limitándose la competencia á lo que estos preceptos determinan. Dicha ley, como posterior al Código, no ha hecho, en nuestro concepto, más que ampliar, ó mejor, aclarar el espíritu del mismo en cuanto á los que deben gozar del beneficio del testamento militar: Éste hubo de introducirse en favor de las fuerzas que componen un ejército ó de las personas que le sigan; en efecto, también las fuerzas de la Armada en campaña, aunque operen en tierra con independencia de las otras, son asimismo fuerzas militares, persiguen idéntico fin, corren los propios riesgos y se hallan, como aquéllas, en las mismas excepcionales circunstancias.

ART. 722. Los testamentos, abiertos ó cerrados, de los que durante un viaje marítimo vayan á bordo, se otorgarán en la forma siguiente:

Si el buque es de guerra, ante el Contador ó el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El Comandante del buque, ó el que haga sus veces, pondrá además su V.º B.º

En los buques mercantes autorizará el testamento el Capitán ó el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos.

En uno y otro caso los testigos se elegirán entre

re; pero uno de ellos, por lo
el cual lo hará por sí y por
ó no puede hacerlo.

abierto, se observará además
y, si fuere cerrado, lo que
sta de este capítulo, con ex-
úmero de testigos é interven-

al art. 578 del proyecto de Código

S. — *Ordenanzas de la Armada*
ado 6.º— Todo aquel que gozare
clarado en el título II, tratado 5.º
i también en punto de testamen-
que sobre esta materia están de-
ya sea que le otorgue estando em-
aña de mar ó tierra, en Arsenal,
mento, ó hallándose en su casa ó
que en el día no disfrute sueldo
iculado para cualquiera de las di-
os propios á el servicio de mi Ar-
la Jurisdiccion militar, o Política

do y tratado.— Hallándose en cam-
ro próximo de batalla ó naufragio,
, por escrito ó de palabra, ante dos
ados para este fin, concurriendo,
te acto, el Contador del Vaxel ó el
s.

ento del Contador del buque
del mercante serán autori-
tituirlos en el cargo, obser-

dose para lo demás lo dispuesto en el artículo anterior.

Concordancias.—Igual al art. 579 del proyecto de Código 851 y al 721 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 722 Y 723.—*Razón del plan.*—Como de suma utilidad metodizar el examen de la materia comprenden los dos artículos anotados, en la misma forma dada al comenzar á estudiar en los preceptos del Código el testamento militar, ó sea, tratando: 1.º, de quiénes pueden otorgar testamento marítimo; 2.º, en qué ocasiones, y 3.º, con arreglo á las solemnidades.

• *Quiénes pueden otorgar testamento marítimo.*—Respecto al primer punto, podríamos compendiar nuestra opinión en los siguientes términos con que se expresan sobre el particular los consultos Pacifici-Mazzoni y Losana, en sus tratados sobre testamentos, cuando dicen que estarán facultados para otorgar testamento marítimo todos aquellos que se encuentran en la nave, distinción entre marineros ó viajeros, extranjeros ó nacionales, varones ó hembras, pasajeros ó adscritos al servicio de la nave.

Ya hemos dicho que el riesgo y la carencia de medios para testar en la forma ordinaria, causas únicas de la introducción del testamento marítimo, afectan por igual y en el mismo sentido á los que van embarcados, sin diferencia alguna en su condición jurídica. El testamento marítimo, pues, no es de clase, sino de circunstancias.

En cuanto á las personas que hayan de testar en esa forma, vemos que no puede originarse duda de ningún género. No es lo propio respecto á la clase de embarcaciones en que se encuentran dichas personas. Algunos tratadistas extranjeros dilucidan el caso de si en una barca ó lancha de pesca es posible legítimamente emplear tal forma de testar. Por encima de las opiniones, nuestro parecer, al menos dentro del Código español, es afirmativo, y así lo expresamos sin vacilación de ningún gé-

nero. Además de que aquél no distingue de naves en su art. 722 y en los que siguen, el que va navegando en un barco pescador puede correr los mismos, ó quizá mayores riesgos, y hallarse con menos recursos para testar en la forma normal. Es muy significativa, por otra parte, la supresión que dicho art. 722 hace de la frase «*en alta mar*» con que comienzan sus precedentes de los proyectos de 1851 y 1832, limitándose á mencionar los testamentos de los que durante un *viaje marítimo* vayan á bordo.

Nos parece que esa omisión retrata bien á las claras el espíritu del autor del Código, no solamente para los efectos de la duda anteriormente propuesta, sino en cuanto á lo relativo á si el testamento marítimo puede utilizarse lo mismo en la navegación de cabotaje que en la de altura, en la navegación fluvial que en la marítima. El epíteto de «*marítimo*» con que califica el art. 722 el sustantivo *viaje*, creemos que sea genérico y comprenda, por tanto, á los viajes por río. En los dominios españoles raros serán los casos de testamentos hechos navegando por un río; pero fuera de las costas del Reino, nuestros compatriotas bien podrían verse en la necesidad de testar haciendo una travesía fluvial de las muchas que suelen recorrer los buques en sus navegaciones. ¿Que pueden originarse abusos á la sombra de ese amplio criterio, resultando á veces burlado el precepto legal y rehuyéndose indirectamente el empleo de los testamentos ordinarios con motivo de una salida del puerto á corta distancia? Pues esto es inseparable de la imperfección de las instituciones humanas.

También ese abuso puede realizarlo el que, con toda legitimidad, testa en la forma marítima en el transcurso de un corto viaje, aun distando bastante su situación de la de un riesgo inminente de muerte. El Código tiene establecidas precauciones para esos casos, que en algo evitarán los abusos: Y según ya hemos dicho al tratar de otra clase de testamentos excepcionales, no siempre resultan ventajas y beneficios al acogerse á ellos; por lo que no parece tan probable que los favorecidos en cierto sentido por el Código usen de esas formas especiales de testar con frecuencia, sino más bien solamente cuando la verdadera necesidad á ello les obligue y cuando racionalmente no confíen en poder testar con las solemnidades comunes.

El párrafo 2.º del art. 45 del Reglamento interior para la organización y régimen del Registro mercantil de 21 de Diciembre

de 1885 llama buques, no solamente á las embarcaciones destinadas á la navegación de cabotaje ó de altura, sino también los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinados á servicios de la industria ó del comercio marítimo. Por esto no resulta impropio el que denominemos buque á una nave pescadora, la cual también realiza un viaje marítimo y se dedica á servicios de la industria ó del comercio. Esos buques de pesca con frecuencia adoptan la forma de barcos ó embarcaciones aparejadas y hasta con motores de vapor, alejándose muchas veces á larga distancia de la costa de donde parten. De nuestra opinión es el jurisconsulto italiano Vittore Vitali en su estudio especial sobre el testamento marítimo, *Del testamento privilegiato*.

El mismo autor expresa que el viaje marítimo se entiende comenzado cuando se levantan las anclas y la nave extiende sus velas ó se mueve del puerto. Mientras está anclada, el que va á bordo tiene la posibilidad de valerse de los medios ordinarios para testar, y, por tanto, no puede recurrir al modo excepcional. No obstante, nosotros consideraríamos perfectamente válido un testamento marítimo otorgado por un tripulante ó pasajero en el puerto de salida, antes de levar anclas la nave y hallándose en ella, cuando, por la premura y proximidad de la partida, se encontraran en un riesgo inminente de muerte, sin poder acudir á las formas testamentarias comunes. Acreditándose estos extremos, serían defendibles, tanto el testamento marítimo á que alude el art. 731 de nuestro Código, como el que se otorgara por las reglas del establecido en general para los casos de peligro inminente de muerte. Hase suprimido además, con significativa intención, el párrafo del art. 578 del proyecto de 1851 y 722 del de 1882, que decían: «*cesa para el tripulante y pasajeros el uso del testamento marítimo cuando el buque se halla en puerto español ó extranjero.*»

En cuanto á la manera como ha de otorgarse el testamento marítimo, el art. 723 distingue, no solamente entre testamentos abiertos y cerrados, sino entre los que se otorgan en un buque de guerra ó en uno mercante, estableciéndose después en el mismo artículo prescripciones comunes para unos y para otros.

Los testamentos, sean abiertos ó cerrados, que otorgan todos los que vayan á bordo de un buque militar, sin distinción alguna,

que perte-
buque con
r del buque
enta en el
e rige en la
35.

erra en el
nciones en
sustituir al
e navío ó el
por algún

le superior.
pondrá el
dar fe de la
> se precisa
n ó patrón.
testamento
en esta úl-
cuando en
rir á dicho
nbién á los
de menor

n se refiere
deberes, se-
es poner á

buen recaudo y custodia todos los papeles y pertenencias del in-
dividuo de la tripulación que falleciere en el buque, formando
inventario detallado, con asistencia de los testigos pasajeros, ó,
en su defecto, tripulantes.

Asigna esa misma obligación á los Comandantes de buque
de guerra el art. 11, núm. 3, § 3.º y siguientes de la ley de orga-
nización y atribuciones de los Tribunales de Marina, de 10 de No-
viembre de 1894, al disponer que los bienes ó efectos recogidos é
inventariados de persona que no pertenezca á la Armada, falle-
cida á bordo de buque español, se entregarán por el Comandante
al Agente diplomático consular español del puerto á donde arribe
el buque, si es en el extranjero, y al Juez de primera instancia

del puerto á donde arribe el buque si es territorio español, observándose para la entrega las formalidades que preceptúa el artículo 725 del Código civil, que luego examinaremos. Cuando el fallecido pertenezca á la Armada, se entregarán los bienes ó efectos recogidos é inventariados á la Autoridad de Marina ó al Agente diplomático ó consular, según el caso. Si al arribar el buque á puerto extranjero hubiese de rendir viaje próximamente á puerto español, el Comandante ó Capitán, respectivamente, no harán la referida entrega al Agente diplomático ó consular, haciéndola en el puerto español á la jurisdicción ordinaria ó á la de Marina, según corresponda.

En virtud del art. 627 del Código de Comercio, el piloto, como segundo jefe del buque, y mientras el naviero no acuerde otra cosa, sustituirá al Capitán en los casos de ausencia, enfermedad ó muerte, y entonces asumirá todas sus atribuciones, obligaciones y responsabilidades. El contramaestre, con arreglo al art. 633 del mismo Código, tomará el mando del buque, en caso de imposibilidad ó inhabilitación del Capitán y piloto, asumiendo entonces sus atribuciones y responsabilidad. De esta suerte se armoniza el Código de Comercio con nuestro art. 722, al aludir éste á los que hagan las veces del Capitán.

Pudiera encomendarse á los llamados sobrecargos, en los buques mercantes, la autorización de los testamentos que en éstos se otorgasen, porque las funciones de esos empleados equivalen á las del contador en los buques de guerra: Según el art. 649 del Código de Comercio, los sobrecargos desempeñarán á bordo las funciones administrativas que les hubieren conferido el naviero ó los cargadores, cesando las facultades y responsabilidad del Capitán con la presencia del sobrecargo, en cuanto á la parte de administración legítimamente conferida á éste, y subsistiendo para todas las gestiones que son inseparables de su autoridad y empleo. Pero suponemos que no se haya adoptado tal disposición, por no ser el empleo de sobrecargo muy común en los buques mercantes, ya que sólo suele haberlos en los de gran tonelaje, que se dedican á navegaciones largas y hacen el comercio de transporte de mercancías en grande escala. Los Códigos del Uruguay y Portugal (artículos 779 y 1.749 respectivamente) dan intervención, no obstante, á dicho sobrecargo en la formalización de los testamentos marítimos.

de á bordo no especificados; pero no lo estarán los pasajeros ni los individuos que el buque llevara de transporte. El proyecto de 1851 decía que los testigos serían tomados con preferencia de entre los pasajeros, caso de haberlos.

El testamento abierto hecho á bordo ha de ser forzosamente escrito, aunque nada dicen sobre el particular los artículos 722 y 723, ni aun los siguientes de la *Sección*. Basta, sin embargo, para convencerse de que ha de concurrir la expresada circunstancia lo que se ordena respecto de los dos testigos en el párrafo 4.º del primero de dichos artículos, de que uno de ellos por lo menos ha de poder firmar para suplir la imposibilidad, si existiese, tanto del testador como del otro testigo, poniendo primero su firma por lo que se refiere á él mismo y repitiéndola después por cada uno de los que no sepan ó no puedan firmar.

En el último párrafo del art. 722 se hace, tratándose de los testamentos abiertos, una referencia al art. 695, el cual señala la forma del otorgamiento de aquéllos en los casos ordinarios, expresando el testador de palabra su última voluntad ante los testigos y el que autorice ésta; designándose el año, mes, día y hora de su otorgamiento, leyéndose el testamento ya redactado á los presentes y firmando éstos por fin del acto. El Contador ó Capitán cuidarán de hacer constar la capacidad legal del testador. Pero no haciéndose relación más que al art. 695, ¿resultará prohibido aplicar el art. 696, que regula la forma de testar abierta por medio de minuta que lleve preparada el testador y con arreglo á la cual se redacte el testamento, ó para que sirva aquélla definitivamente, con los aditamentos ó aclaraciones que se hagan precisos en los testamentos hechos á bordo de cualquier buque? Entendemos que no. Estas omisiones tan repetidas en el Código inducen á juicios poco favorables del mismo, que continuamente sentimos expresar. Unas veces el laconismo del legislador da lugar á perplejidades de fatales consecuencias, quizá; en otras ocasiones no hay laconismo, pero se hacen referencias incompletas que provocan del propio modo dudas de importancia. ¿Quién puede negar que representa una ventaja para todos, para testador, testigos y funcionario que suple la fe notarial y hasta para los interesados en la herencia, el que quien se halla embarcado tenga ya dispuesta su última voluntad y redactada en momentos de tranquilidad y mayor reflexión, sin que al otorgar

juella quede más que la lectura del escrito, requisitos que falten y la suscripción de las n hacerlo? ¿Cómo podría estar prohibido esto ni tácito, cuando es precisamente lo que más e siempre y con predilección para los momen- le la vida? ¿No es caso sumamente posible el aprender un viaje de peligrosa travesía lleve á la que pudiera ser su última voluntad, para simplemente su autorización ante las perso- nuestro art. 722?

3; por encima de un silencio inexplicable del vemos que á nada conduce sino á absurdas án el sano sentido común y la misma lógica eden autorizar el que se cercenen facultades á a protección justamente acude el Código, y lo dichas facultades, en vez de contradecir el ne el testamento marítimo, le dan más apoyo posibles abusos y fraudes.

cabe sostener, aunque no en absoluto, que los vayan á bordo pueden otorgar testamento ma- conciliando en lo posible las prescripciones de 698, y además las pertinentes de la presente a lectura del testamento, en el del ciego, la ve- r, Capitán, ó los que hagan sus veces en esas tirá uno de los testigos, si saben ó pueden, ú designe libremente el testador. Tratándose de atos, si saben ó pueden, en última voluntad, lesquiera otros dos tripulantes ó pasajeros.

una extensa referencia en la cita que hace el el art. 722 tratando de los testamentos cerra- rta del presente capítulo, de la que hay que que lo relativo al número de testigos é inter- o. Hay que prescindir también de la prescrip- la anotación del testamento en el protocolo ario, porque nada de esto, ni cosa análoga, rdo: la que autoriza la entrega de dicho testa- para que éste lo presente después al Juez de correspondiente, y la que fija la sanción contra res que no hacen la presentación en tiempo

oportuno. De la referida *Sección sexta* sólo creemos, por tanto, que procede aplicar los artículos 706 á 709, y, en forma de aplicación análoga, el 715.

* *

El art. 723 no merece que nos detengamos en su examen; es de comprensión tan fácil, que viene, en términos concretos, á resolver una duda que pudiera presentar el art. 722 si aquél no existiera: Si el Contador, en los buques de guerra, ó el Capitán ó Patrón en los mercantes, se vieran en la necesidad de otorgar sus últimas disposiciones, ¿quién había de autorizarlas? Hoy ya sabemos que serán los que deban sustituirlos en esos cargos, con arreglo á las indicaciones hechas en este mismo comentario. Sería un contrasentido lógico y jurídico que la misma persona interesada fuese á la vez la que figurara como juez y parte en un acto que tanto ha de trascender en el orden del Derecho.

El art. 723 podía figurar como uno de los apartados del 722, con tanta más razón, por lo menos, como el último párrafo de éste.

* *

Por principios análogos á los que justifican la competencia de la jurisdicción militar en ciertos y determinados casos procesales, y á quo nos hemos referido en comentarios anteriores, la jurisdicción de Marina, según el art. 11, en su número 1.º, de la ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Marina de 10 de Noviembre de 1894, será competente para conocer de la prevención de los juicios de testamentaria y *ab-intestato* de todos los individuos de la Armada á que se refiere el art. 8.º del Código penal de la Marina de Guerra (el Ministro del ramo, todos los individuos que pertenezcan á cualquiera de los Cuerpos ó Institutos de la Armada y cuantos dependan del Ministerio de Marina, sean ó no retribuídos por el Estado, á excepción de los operarios eventuales de los Arsenales, Astilleros, Fundiciones, Fábricas ú otros Establecimientos de la Marina). La expresada prevención se limitará á disponer el entierro del cadáver, la formación de inventario y seguridad y depósito de los bienes; á la entrega de éstos á los instituídos herederos ó á los que lo sean *ab-intestata*, dentro del tercer grado civil, no habiendo quien lo contradiga. Cuando

testamento abierto ha de quedar encomendado á la custodia del Comandante ó Capitán, cuando se haya autorizado *en alta mar*. Esta última frase, que la vemos por primera vez empleada en el proyecto de 1882, induce á alguna confusión, porque el requisito de la conservación del testamento parece que debía referirse á todas las formas de éstos, como lo disponen los Códigos extranjeros que hemos consultado y es lo más natural. No constituye ese concepto de «*alta mar*» una frase explicativa de las circunstancias en que sólo puede otorgarse eficazmente testamento marítimo, hasta el punto de que suponga que los testamentos de que trata el art. 724 son los mismos que regulan los 722 y 723, porque éstos no distinguen de situaciones para poder testar lícitamente, según privilegio, desde que una persona se halle á bordo de un buque mercante ó de guerra; es más, presuponen la idea de un viaje marítimo, y éste existe desde el momento en que se verifica el embarque para emprender el rumbo previamente fijado. De modo que sería un absurdo (aunque algún Código extranjero exija tal requisito) sostener dentro del derecho positivo español que los testamentos abiertos otorgados en alta mar son los únicos de dicha clase que se hallan en la actualidad permitidos y regulados.

No; los testamentos abiertos hechos en alta mar son los que necesariamente han de ser custodiados por el Comandante ó por el Capitán, quizá por el mayor cuidado y garantía que merecen, dada la distancia en que aún se halla la nave del punto de destino. Ésta nos parece la verdadera interpretación que corresponde dar al contexto literal y aun virtual del art. 724, después de haber comparado sus conclusiones con las de los preceptos que le siguen. Los testamentos que no son hechos en alta mar deben, por consiguiente, quedar en poder del que los haya otorgado, de la persona á quien ésta los encomiende, ó del Capitán ó Contador que los haya autorizado, los cuales cumplirán la obligación determinada en los artículos 725 y 726, entregando el segundo de dichos funcionarios al Comandante del buque de guerra el testamento, para que aquél le dé el destino prevenido, y cumpliendo por sí mismo este requisito el Capitán en los buques mercantes.

Los testamentos ológrafos y cerrados, por su carácter de menor publicidad y porque el testador puede querer conservarlos

Armada debía tener un libro en que escribiera los testamentos, precepto que asimismo confirmó una Real orden de 14 de Agosto de 1751.

Esa mención no se exige que haya de ser de todas y cada una de las cláusulas del testamento, aparte de que esto no podría cumplirse, tratándose de los cerrados y de los ológrafos que permanecieran secretos. Basta, como tal mención, que se consigne el hecho de haber otorgado un tripulante, pasajero ó cualquiera de los que vayan á bordo, su última voluntad en una de las formas dichas, ante el Contador ó Capitán del buque, cuando proceda que éstos intervengan, y ante los testigos, cuyos nombres conviene, siendo posible, que se consignen, como también el punto, por la longitud y latitud que señalen los instrumentos náuticos, en que se haya llevado á cabo el otorgamiento del testamento. Son suficientes estos particulares, porque en comentarios posteriores ya veremos que el documento testamentario original no ha de ser el único dato que quede en el buque, para los efectos ulteriores que sean consecuencia de la llegada á puerto.

ART. 725. Si el buque arribase á un puerto extranjero donde haya Agente diplomático ó consular de España, el Comandante del de guerra, ó el Capitán del mercante, entregará á dicho Agente copia del testamento abierto ó del acta de otorgamiento del cerrado, y de la nota tomada en el Diario.

La copia del testamento ó del acta deberá llevar las mismas firmas que el original, si viven y están á bordo los que lo firmaron; en otro caso, será autorizada por el Contador ó Capitán que hubiese recibido el testamento, ó el que haga sus veces, firmando también los que estén á bordo de los que intervinieron en el testamento.

El Agente diplomático ó consular hará extender por escrito diligencia de la entrega, y, cerrada y sellada la copia del testamento ó la del acta del otor-

derá del rumbo que esté fijado al buque ó del que las peripecias ó contingencias que ocurran durante la navegación le señalen.

El Código ha hecho bien en distinguir dos situaciones, estableciendo, por tanto, el dilema de que ó el buque llegue á puerto extranjero, ó á puerto del Reino español. En el primer caso, hay que cumplir una solemnidad más de las que dejamos explicadas al examinar las que han de concurrir en la forma excepcional de testar á que venimos refiriéndonos. Prevista la circunstancia del arribo á un puerto de otra Nación, ó cuando, por las proporciones de un temporal ó borrasca, por el estado de la embarcación ó por cualquier otro motivo perentorio sea preciso tomar tierra extranjera, hay que sacar un duplicado del testamento marítimo abierto, expidiéndose también copia del acta de otorgamiento del cerrado. No será necesario este trámite cuando el buque vaya por voluntad de sus armadores ó jefes, ó forzosamente, á rendir su viaje en un puerto español.

Si al otorgarse el testamento se sabe ya que la nave va en dirección al extranjero, aconsejamos que se extienda el duplicado referido desde luego, para que éste tenga las mayores garantías é inspire todo el respeto y confianza posibles. A este efecto, se dispone que llevará las mismas firmas que el original. Pero el artículo 725 parece que también prevé que el duplicado no pueda sacarse hasta algún tiempo después de dicho otorgamiento, en la creencia de haber de arribar á las costas españolas, si á ello no se oponen contingencias que en el mar casi no pueden llamarse imprevistas. En previsión de este segundo caso, ordena el legislador que el duplicado llevará las mismas firmas del original, si viven y están á bordo los que lo firmaron, porque si no, basta que lo autorice el Contador en los buques de guerra y el Capitán en los mercantes, firmando todos los que sea posible encontrar á bordo de los que como testigos intervinieron en el testamento otorgado y principalmente el testador, si sabe escribir.

Siendo posible, debe procurarse que los que como Contador ó Capitán hubieren autorizado el testamento, autoricen después su copia, aunque no constituya vicio de nulidad alguno el que aquélla esté suscrita por persona de las referidas distinta de la que firmara el original, siempre que al copiarse el testamento desempeñe esos cargos en propiedad ó interinamente. El duplicado tomará su fuerza y eficacia de la fidelidad de la copia, no

a los mismos que presenciaron la ordenación.

plicado, vendrá la copia de la nota to-
ración, para acreditar que en su debido
requisito de la mención del testamento
o cual bien pudiera sospecharse que no
acteres de autenticidad necesarios.

a del testamento abierto ó del acta de
, representa una medida de precaución,
incipalmente cuando no haya ocurrido
el testador; pero, así y todo, no sobra-
ntas y tan diversas contingencias como
es, más que nada, un recurso provisio-
n en el caso de que el buque tardara en
b en que no lo hiciera por razón del iti-
o.

artículos 723 y 726 creemos que auto-
ne á primera vista se deduzca otra cosa.

de dichos preceptos induce á alguna
pretación de ambas, que no podemos
lecto é inseparable enlace de sus térmi-
ne ser la siguiente: Extendida y entre-
lere el párrafo 1.º del art. 723, no será
ica toda la eficacia y valor que repre-
stamentaria marítima, después de la
; el buque puede llegar al territorio na-
, por virtud del art. 726, el mismo testa-
pondiente autoridad superior de Marina
i los efectos y dejará sin eficacia al du-
ste podrá en ocasiones servir de gran-
da del buque á las costas de España se
de muerto el testador, ó cuando no lle-
ipo indefinido.

el legislador que es más expuesto en-
ginal en el extranjero, aunque sea á
tantes diplomáticos ó consulares, que
ñol ó de nuestras posesiones ultrama-
ocasiones, resultará una apreciación
o; porque siempre las distancias y fa-

cilidad de comunicación entre Bayona de I Burdeos, Génova, Lisboa, con la capital de I favorables para evitar el extravío del pliego t tando como cuentan todas con representantes españolas, que las que median, por ejemplo, e quier punto de las Islas Filipinas ó de las Car tirá un funcionario español con atribuciones pias, y no de representación exclusivamente.

En resumen: la entrega del duplicado testas diplomático ó consular no obsta á que, cuando en manos de la autoridad marítima local e mismo testamento original, para que reciba remos le esté señalado.

El testamento ológrafo no está sujeto á i recibe toda su eficacia de la identidad de l béticos del testador, su duplicado ninguna fe se tratara de otra nueva disposición ológrafa por su mismo autor.

El Cuerpo diplomático y el consular que Nación española en el extranjero se rigen p Marzo de 1883 y por el Reglamento de 23 de Ju El Cuerpo diplomático consta de Embajadores, dinarios y Ministros plenipotenciarios de pr clase, de Ministros residentes, de Secretario gunda y tercera clase y de Agregados. Los Je diplomáticas tienen, según el art. 17 de dich alta representación del país en la Nación en q dos, y deben llenarla con arreglo al derecho i costumbres y á las instrucciones que reciban lando al propio tiempo por el decoro de la Le de que los empleados á sus órdenes cumplan l su cargo. Los Agentes diplomáticos son, pñes, tenecientes á ese Cuerpo y dependen del Emb plenipotenciario que se halle acreditado en la primeros desempeñen sus funciones, las cuales tancialmente á representar á su Nación en todo que no puedan intervenir por sí mismos sus J

El Cuerpo consular, generalmente represen extranjero desde el punto de vista de las relac

los dos, para el Comandante ó Capitán será lo mismo que si no hubieran arribado á puerto extranjero: Se abstendrán cuidadosamente de entregar dicho duplicado á cualquier otro funcionario, aunque representare á la Autoridad de España, bajo las responsabilidades graves á que con tal acto podrían exponerse.

Para salvaguardia de los expresados Comandante ó Capitán, así como del Agente diplomático ó consular, ha de acreditarse la entrega del duplicado testamentario aun sin necesidad de que haya ocurrido todavía el fallecimiento del testador. Si éste dejó de existir, aunque nada de ello indique el art. 725, el Comandante ó Capitán, del propio modo que ordena el 726 para cuando el buque toque en puerto español, pondrán en manos del Agente diplomático ó consular certificación de defunción, al mismo tiempo que hagan entrega de la copia del testamento abierto ó del acta de otorgamiento del cerrado.

En la propia ocasión, y si en tal sentido son solicitados sus oficios, los Agentes consulares podrán conocer, según lo dispuesto en el art. 31 del Reglamento citado de 1883, en los países en que los tratados y la costumbre conceden á aquéllos jurisdicción, de la testamentaria ó *ab-intestato* del testador fallecido, en el puerto en que desempeñen su cargo; sin perjuicio de dar el destino prevenido al duplicado entregado por el Jefe de la embarcación.

A su vez el Agente diplomático ó consular, para justificar que ha recibido el duplicado del testamento marítimo, extenderá diligencia que quedará depositada en su archivo, en la cual sucintamente expresará que, según manifestación del Comandante ó Capitán D. Fulano de Tal, del buque (cuyo nombre se indicará), la copia que se presenta es literal de un testamento abierto, ó del acta de otorgamiento de uno cerrado, otorgados á bordo; cuya diligencia quedará depositada en aquella cancillería, cumpliendo lo dispuesto en el art. 725 del Código civil español: Firmarán esa diligencia el Comandante ó Capitán y el Agente diplomático ó consular, y la misión de los primeros, por el pronto, quedará terminada; la de los segundos se limitará después á remitir esa copia testamentaria, por el conducto correspondiente, ó sea por el de sus jefes jerárquicos en la Nación extranjera en que sirvan, los cuales la enviarán al Ministerio de Estado español, y éste se dirigirá, por último, con el mismo objeto, al Ministro de Marina,

llamados Ayudantes de Marina, los cuales representan á la Autoridad marítima local para los efectos del art. 726.

Pero existen puertos de poca importancia en los que no residen ni unos ni otros funcionarios, pudiendo el buque, sin embargo, haber arribado á ellos y distando algo la residencia de la Autoridad á cuyo distrito corresponda dicho puerto. El Código no ha previsto este caso, si no frecuente, por lo menos verosímil, ni ofrece términos para aconsejar lo que deberá hacer un jefe de nave cuando arribe á puertos en que falte toda representación de la Autoridad marítima, hasta la de los llamados cabos de mar, último grado de aquélla. No creemos que ese jefe incurrirá en culpa si, ante la imposibilidad de detenerse en el puerto y de cumplir la obligación de que venimos tratando, la hace valer ante la Autoridad municipal, por ejemplo. Igualmente es defendible el criterio de que, ante tal deficiencia, el Comandante ó Capitán del buque se abstenga de hacer la entrega de la copia testamentaria, reservándola para el próximo puerto á que arriben, si en él no ocurre la propia dificultad.

La remisión de dicha copia, de la nota tomada en el *Diario de navegación* y de la certificación del fallecimiento, en su caso, al Ministerio de Marina y la justificación que de la entrega practiquen el jefe de la embarcación y la Autoridad marítima local, se llevarán á cabo en la propia forma que explica el art. 725.

ART. 727. Si hubiese fallecido el testador y fuere abierto el testamento, el Ministro de Marina practicará lo que se dispone en el art. 718.

Concordancias.—Análogo á los dos últimos párrafos del artículo 582 del proyecto de 1851 y al 726 del de 1882.

PRECEDENTES LEGANLES.—*Ninguno.*

ART. 728. Cuando el testamento haya sido otorgado por un extranjero en buque español, el Ministro

poder del Ministro, cuando no debiera archivar-se. En efecto, si al duplicado testamentario ó al acta de otorgamiento del testamento cerrado, en un caso, ó al testamento abierto, cerrado ú ológrafo en el otro supuesto establecido, se acompaña la certificación del fallecimiento del testador, expedida por la autoridad de á bordo, es inútil acordar el archivo de esos documentos, porque ya desde el instante en que se reciben son procedentes las medidas complementarias de solemnización que hemos examinado al tratar en el art. 718 del testamento militar. Ese archivo es sólo necesario para asegurar la conservación de la última voluntad, mientras no llega el momento en que haya de empezar á regir lo dispuesto por el testador, produciendo toda su eficacia.

Del contexto del art. 727 se desprende la obligación (que es extraño no se haya determinado concretamente en esta parte del Código) que deben cumplir los Comandantes en los buques de guerra y los Capitanes en los mercantes, de remitir al Ministerio de Marina certificación de la muerte del que haya otorgado testamento á bordo, cuando no lo hagan además por otro motivo y siempre que esa defunción ocurriere con posterioridad á la entrega de los documentos testamentarios al Agente diplomático ó consular ó á la autoridad marítima local, porque si aconteciere antes de ese momento, ya hemos dicho que tal certificación debe acompañar á los referidos documentos.

Es digno de llamar la atención el extraño contexto de nuestro artículo 727, en el que, por una parte, no se cita más que el testamento abierto, y por otra, se alude al art. 718, que lo mismo habla de aquél que del cerrado. Bien puede considerarse esta Sección del Código como una de las más descuidadas por el legislador, quien, con tales anomalías, da motivo á continuas é inexcusables censuras. Porque, aunque se comprenda que la cita del art. 718 debe de entenderse hecha con relación á la parte del mismo que se ocupa de los testamentos abiertos militares que han de elevarse á escritura pública, ¿cómo se ha omitido en el artículo 727 lo que ha de hacerse con los testamentos cerrados y con los ológrafos cuando se hallan ya en poder del Ministro de Marina y consta acreditada la defunción del testador? ¿Han de quedar indefinidamente en esa forma, sin que los herederos ó interesados en la herencia tengan noticia de su nombramiento, ni medios, por tanto, para pedir la práctica de las diligencias de apertura

erencia que existe un testamento en que ellos figuran como tales, para que después voluntariamente procedan como mejor les convenga. Y ¿cómo resultará factible tal trámite en los testamentos ológrafos ó cerrados que se hubieran otorgado en el mar, le no comprenderlos virtualmente también en el art. 727? Esto es, pues, lo que procede estimar, mientras la reforma del Código no corrija una deficiencia de tales proporciones ó importancia.

El Ministro de Marina, al hacer la remisión, se dirigirá al Ministro de Gracia y Justicia, quien, como jefe, en lo gubernativo, de las autoridades judiciales que han de recibir el testamento marítimo, más propiamente es el que debe entenderse con las mismas. Así lo preveía ya el proyecto de 1882, en el artículo antes citado, y así también lo requieren las relaciones de armonía y de privativa competencia que suelen respetarse entre los distintos Ministerios constitucionalmente establecidos hoy en España.

* *

El art. 728 no regula las solemnidades del testamento que un extranjero otorgue á bordo de un buque español. Dichas solemnidades se presuponen ya; serán las que correspondan según nuestra legislación, por ser aplicable entonces el estatuto formal, *locus regit actum*, considerado el buque como una prolongación del territorio español, á no ser que tratados internacionales ó excepciones del Derecho positivo del país á que pertenezca dicho extranjero contradigan ese principio general. El referido precepto representa una modalidad ó excepción de lo dispuesto en el artículo anterior, respecto á la remisión que del testamento recibido ó archivado ha de hacer el Ministro de Marina. Éste, tratándose de la última voluntad de un español, mandará el pliego testamentario al Ministro de Gracia y Justicia, quien cumplirá lo ordenado en el art. 718 respecto del testamento militar. Mas si lo remitido es la última voluntad de un extranjero, aunque á ella no se acompañe certificación del fallecimiento, la enviará al Ministro de Estado, quien, como encargado de las relaciones con las demás Naciones, la transmitirá, por conducto del representante diplomático ó consular de España en el país á que pertenezca dicho extranjero, á las autoridades de aquél que sean competentes para entender en la solemnización posterior de esa última disposición.

el contexto de dicho art. 729 las hemos anticipado en el presente comentario.

A la remisión que del pliego testamentario haga el Ministro de Marina al de Estado, han de preceder las solemnidades á cuya exposición se contrae el artículo.

Es propio de la naturaleza del testamento ológrafo que lo conserve, por regla general, el testador hasta el momento de su muerte, porque hasta entonces puede modificarlo á su antojo sin necesidad de colaboración alguna, ni de presencia de testigos. Testando ológrafamente una persona extranjera á bordo de un buque español, mientras no fallezca, el Comandante ó el Capitán procederán como si no hubiera testado: El testador se encargará llegando á tierra de hacer que surta plena eficacia en su día su disposición testamentaria ológrafa. No ocurre lo mismo, al parecer, con el testamento abierto, cuando intencionadamente se le omite en el art. 729: Autorizado por el Contador ó el Capitán del buque y firmado por los testigos, ya aquéllos responden de su conservación, á no ser que el testador quiera por sí mismo custodiarlo. Pero en poder de los primeros, el testamento abierto tendrá el destino prefijado, aunque no hubiera fallecido el testador, al llegar el buque al primer puerto del Reino ó á otro extranjero, según hemos advertido al examinar el art. 728. También los testamentos abiertos otorgados á bordo por un español, según el artículo 724, han de ser custodiados por el Capitán ó Comandante, sin que se haga extensivo el precepto á las demás formas de testar.

Con los testamentos cerrados puede suceder lo mismo que dejamos dicho, si bien, hallándose en poder del testador, al morir éste, el Jefe de la nave los recogerá, custodiará, anotará en el *Diario*, y á su primer llegada á un puerto del Reino, los entregará á la Autoridad marítima local, para que ésta los curse á su superior jerárquico hasta llegar al Jefe de la Marina. Y *a sensu contrario*, por tanto, se desprende del art. 729, en su última parte, que si el testamento cerrado se hallase en poder del Comandante ó Capitán del buque, al arribar éste á puerto español, aquéllos se librarán de responsabilidades haciendo entrega del pliego testamentario á la referida autoridad, aun no habiendo fallecido el testador, á no ser que éste se opusiere y tratara de recoger su dicho testamento, dando de ello el suficiente resguardo al Jefe de

Concordancias.—Análogo al art. 583 del proyecto de 1851 y al 729 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO.—El precepto transcrito pone límite á la excepcionalidad del testamento marítimo, como ocurre con todas las formas testamentarias especiales que el Código regula. Ese límite tiene el mismo fundamento que el que explica los señalados á los testamentos militar y á los otorgados en peligro inminente de muerte y en período de epidemia. Desaparecidas las circunstancias que hicieron precisa y justa esa forma especial de testar, renace la procedencia de la normalidad legal, y por tanto, la sin razón del privilegio. Bastante plazo se concede al testador para que se coloque en condiciones de acogerse á las diversas modalidades ordinarias prescritas por el Código, durante cuyo plazo continuará produciendo sus efectos el testamento marítimo normal, digámoslo así, porque ya sabemos que aun á bordo pueden darse un período de normalidad y otro de mayores urgencia y riesgo, teniendo los testamentos ordenados en ese segundo momento otro límite más corto, según nos enseña el siguiente artículo 731.

El proyecto que examinamos comienza refiriéndose solamente á los testamentos abiertos y cerrados, ya que sólo en ellos se da la excepcionalidad del menor número de solemnidades en favor de los que van á bordo de un buque español ó extranjero. Esto nos confirma además la certeza de una observación adelantada en comentarios anteriores, al sostener que aunque pueda testarse en el mar por la forma ológrafa, ésta habría de sujetarse en un todo á las disposiciones ordinarias de los artículos 688 y 693, sin dispensa alguna de solemnidades. Por eso en el presente art. 730 nada se dice de esos testamentos ológrafos, los cuales, otorgados como tales testamentos comunes, no precisan de límite alguno en su duración legal. El art. 3.867 del Código de la República Argentina terminantemente dispone que las personas que puedan testar militarmente y las que pueden otorgar un testamento marítimo, pueden testar en la forma ológrafa.

Aun cuando todas las legislaciones están conformes en señalar un límite á la virtualidad transitoria del testamento mari-

testamentos marítimos de más normal situación. En ambos casos se seguirá el procedimiento prescrito por los artículos 725 á 729.

Nuestro art. 731 se distingue, como muchos otros, por su excesivo laconismo, que engendra la sospecha de si se trata de referencias incompletas ó de la concesión de un privilegio con excesivas restricciones; bajo cualquiera de cuyos dos supuestos se producen dudas de capital importancia.

En primer lugar, se restringe la hipótesis legal al caso de peligro de naufragio, y si bien se concreta la referencia al art. 720, es sólo en cuanto á las solemnidades que deben mediar en esa forma excepcional de testar, la cual ha de usarse sólo, al parecer, en consideración á dicho peligro.

Al art. 731 le rige principal y sustancialmente la idea con que comienza: «*si hubiere peligro de naufragio*». Luego cuando ese peligro no exista, no debe haber lugar á la concesión expresada.

Si, pues, un buque de guerra ó mercante cuando opere en combinación con otras fuerzas marítimas, se halla en las proximidades de un combate, de una acción ofensiva peligrosa, de un asalto á naves enemigas, etc., ¿podrán los que vayan en dicha embarcación testar sólo con arreglo al procedimiento de los artículos 722 y siguientes, ó les será lícito adoptar la forma excepcional análoga del art. 720?

El art. 11, núm. 2.º de la ley de 10 de Noviembre de 1891, sobre organización y atribuciones de los Tribunales de Marina, ya sabemos que extiende el privilegio del testamento militar á los marinos que se hallaran en campaña ó en país extranjero, pero sólo cuando se encontraran en tierra y operando con independencia de las fuerzas del ejército. Mas nosotros partimos del supuesto de que los marinos estén embarcados y en las proximidades de una batalla naval, ó durante ella. Habrá que sobreentender que en el expuesto caso existe un fundado peligro de naufragio, por el propósito recíproco que persiguen ambas partes combatientes y enemigas de destruir, de echar á pique el navío ó navíos respectivos, con lo cual aseguran mejor el éxito de la acción, que es el carácter principal de los procedimientos bélicos marítimos; porque el solo contexto literal del precepto que comentamos no autoriza otra interpretación que la que su frase inicial indica, no obstante lo cual, no se violenta su virtual significado, ampliando su comprensión á los supuestos referidos. Además,

nidad y el Derecho, porque no han condición los que se exponen á los acción militar y al mismo tiempo á que el mar continuamente ofrece, primeros. Por otra parte, tan fuerza erra como la que batalla en el mar, ultado, la dificultad propuesta, no en que nos encontramos, sino por amento militar.

gurar si es deficiencia ó cita incom-
. El beneficio que éste supone, ¿com-
testar hablada de que se ocupa el
a cerrada del 721, ante un Oficial y
mero de dichos preceptos contesta

Pero, ¿pudo ser ése el espíritu del
ncipio *cubi eadem est ratio, eadem esse*
azón de ser tiene la extensión del
modalidad testamentaria? No acerta-
se el legislador haya tenido para i-
a, que ha de sorprender á todo el
al incertidumbre, nos abstenemos de
olución opuesta á la letra del pre-
. tampoco fundarla en consideracio-
n del autor del Código, contraria á
empleadas. Aguardamos la revisión
o momento, tenidas en cuenta estas
nosotros los únicos quizá en formu-
tendidas ó se fundan, por el contra-
en razonamientos equivocados. Ante
evadas frecuentemente en el Código,
rancos y terminantes juicios, por el
idad científica no alcance á descu-
ones que al legislador hayan asistido
as sus resoluciones y pensamientos.

SECCIÓN NOVENA

Del testamento hecho en país extranjero.

Cinco artículos emplea el legislador español para regular el último de los testamentos especiales mencionados en el art. 677 del Código civil, preceptos que holgarían, conocido el principio general estatuido en el artículo 11, si no constituyeran una ampliación, una aclaración, un desenvolvimiento, y hasta algunos, una excepción de lo que dicho principio da á entender para casos generales.

El testamento hecho en país extranjero es un testamento especial, por razón de las excepcionalidades que el Derecho internacional prescribe, y que imponen con carácter necesario las relaciones comunes entre los pueblos y la confraternidad de los distintos habitantes del globo, que se han trocado ya, con el progreso de los tiempos y con la atenuación de las cada vez más infundadas preocupaciones de nacionalidad, en familias de un mismo tronco y ciudadanos de un propio país, regidos por leyes de inmutable justicia y de aplicación universal, por lo menos dados el alcance y relativo perfeccionamiento que en el día van teniendo las reglas internacionales.

El estudio que representa, por tanto, la presente *Sección novena* es un estudio de Derecho internacional por lo que se refiere al español que se encuentra en país extranjero y precisa de la facultad de testar con tanta necesidad como puede sentirla en el territorio nacional, facultad que no puede concebírsela autorizada sólo en los estrechos límites del territorio de cada

), como emana, de los prin-
 , ha de poder ejercitarse al
 ción, aunque la forma re-
 tad haya de subordinarse á
 oto tenga lugar, para hacer
 ginario y natural de testar
 t de cada territorio erigido
 o de su configuración geo-
 mplimiento de determinados
 onales como á los que en
 no indefinido. Dice Oli-
rma de Código del Derecho
 slación alguna fundada en
 se atreva á repetir la doc-
 no permitían el ejercicio
 dentro de los muros de la

la teoría de los estatutos
 ayoría de los tratadistas de
 ado y el Derecho positivo
 ones con las demás, dentro
 il de cada una.

u *Derecho internacional pri-*
 e un testamento es válido
 ación del lugar en que se
 rsele tal en todas partes,
 dencia internacional acep-
 los pueblos cultos.

tores dicha teoría alejada
 dica debe perseguir, con-
 de reciprocidad entre los
 fijan como único criterio

aplicable. Lo cierto es que á esa primera teoría, discutiendo como comentadores del Derecho positivo, debemos acogernos, porque es, al fin y al cabo, la que impera en el terreno obligatorio de las leyes.

Un distinguido escritor justifica la procedencia del estatuto formal aplicado á los testamentos:

A) Por la necesidad de evitar á las personas que poseen bienes en diferentes Estados los embarazos y dificultades de otorgar otras tantas últimas voluntades cuantas sean las fincas situadas bajo el imperio de leyes distintas, ó de guardar en un mismo testamento todas las solemnidades prescritas en los diversos lugares de la situación de aquéllas.

B) Por la imposibilidad en que puede hallarse el extranjero sorprendido lejos de su país por una enfermedad mortal, de cumplir en su testamento las solemnidades establecidas por la legislación de su patria ó por la del país donde están sus bienes.

C) Por la conveniencia de impedir que actos celebrados con toda buena fe sean anulados con harta facilidad, sin culpa de la parte que los otorgó, y por la dificultad en que se hallan la mayor parte de los hombres de enterarse de las formalidades prescritas en cada país.

Hacemos nuestras tales observaciones, que explican, hasta por razones de conveniencia, la teoría del estatuto formal.

Las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia español de 8 de Junio de 1874 y 6 de Noviembre de 1867 admiten la referida teoría, empezando por declarar que de la mutua conveniencia de las Naciones, al experimentar los males que necesariamente surgirían de no admitir los efectos de las leyes extranjeras, ha venido

internacional privado, que tiene el carácter linario y comprende el conjunto de disposiciones según afectan á las personas, á las cosas y se distingue con los nombres de estatuto real y formal, siendo perfectamente válido un otorgado con todas las solemnidades prescrites en el país en que se testó.

El célebre tratadista Sr. Sánchez Román (*Estudio sobre el derecho civil*) afirma que la regla *locus regit actum* ha sido desde el siglo XVI principio de jurisprudencia internacional que todos los pueblos han adoptado por tradición, fundándose en las razones de equidad que la ciencia y la práctica de reconocieron, y el Código al transcribirla no ha hecho más que prestar sanción interna al precepto que la tenía voluntaria.

El artículo del estatuto personal enseña que la forma que hayan de realizarse en un país debe ser la del legislador de éste, *locus regit actum*. Como en los artículos 4.º y 3.º, respectivamente, de los Códigos de Berna y de Valais, las formas de los actos celebrados según las leyes del lugar en que se han celebrados instrumentos hechos en el extranjero podrán ser válidos cuando estén conformes con la forma en que se hayan otorgado. Esa misma doctrina hallamos repetida, en unos u otros términos, en los Códigos de la Luisiana (art. 10), de Friburgo del Tessino (8.º), de Holanda (10), de Zúrich (17), de Italia (9.º), de Portugal (24), de la República Argentina (12), del Uruguay (6.º), de Guatemala (13), de Francia (999) y de España (1084)—estos dos últimos Códigos concretan-

dose además á los testamentos—y en el Acta inglesa de naturalización de 12 de Mayo de 1870.

Mas la especialidad rige exclusivamente tratándose de las formas solemnes requeridas para testar. Por eso el Código ha examinado esta materia en el lugar presente, destinado á la regulación de las diversas maneras cómo pueden ordenarse las últimas voluntades en el extranjero.

Lo relativo á la capacidad del testador, á la disposición de la fortuna mueble ó inmueble de éste, á la interpretación de las cláusulas testamentarias tiene sus cánones fundamentales en los artículos 9 y 10 de nuestro Código civil, los cuales, después de declarar obligatorias para los españoles, en cualquier punto del extranjero en que se hallen, las leyes relativas á los derechos y deberes de familia ó al estado, condición y capacidad legal de las personas, distinguen entre bienes muebles é inmuebles, para aplicar, en el primer caso, la legislación del país del propietario, y en el segundo la de la Nación en que se hallen sitos dichos bienes raíces; sin perjuicio de que las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como á la cuantía de los derechos sucesorios y á la validez intrínseca de sus disposiciones, se rijan por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.

Las disposiciones que constituyen esta *Sección novena* han recibido en nuestra patria por primera vez sanción dentro del Derecho positivo en el Código civil, el cual recoge y aprovecha sobre la materia precedentes tan valiosos como los de los proyectos de 1851 y

mbién podrán testar en alta mar, durante su na-
ión en un buque extranjero, con sujeción á las
de la Nación á que el buque pertenezca.
drán asimismo hacer testamento ológrafo con
o al art. 688 sin el requisito de papel sellado,
n los países cuyas leyes no admitan dicho tes-
to.

reordanelas. — Análoga la doctrina de este artículo á la
por el 585 del proyecto de Código de 1851 é igual al 731
1882.

ECEDENTES LEGALES. — *Novísima Recopilación: Libro X,*
IX, ley 18, párrafo 4.º — Cuando se suscitaren algunas con-
nes sobre la validación de un testamento ó de otra dispo-
se decidirán por los Jueces competentes, conforme á las
estatutos y usos recibidos y autorizados en el paraje en
dichas disposiciones se hiciesen; de suerte que si estos
levasen las formalidades y condiciones requeridas en el
onde se executasen, tendrán igualmente todo su efecto en
idos de la otra Potencia, aun quando en ellos estén seme-
ectos sujetos á mayores formalidades, y á reglas diferentes
que rigen en el país en que se han hecho.

r. 733. No será válido en España el testamento
munado, prohibido por el art. 669, que los espa-
otorguen en país extranjero, aunque lo autoricea
yes de la Nación donde se hubiese otorgado.

reordanelas. — Igual al art. 732 del proyecto de Código
2.

ECEDENTES LEGALES. — *Ninguno.*

IENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 732 Y 733. — El artículo primero
transcritos regula una de las formas de testar de que el

l puede valerse en país extranjero El art. 729 conspección, juntamente con el párrafo 3.º del 732, del al establecido en el primer apartado de dicho título. Por eso abarcamos en un solo comentario el estudio 732 y 733.

de la cualidad de español, bien por haberla adquirido ó por medio de la nacionalización en nuestro la precisión de testar en otro, observará, si no, reglas del estatuto personal, cumpliendo las solemnidades de la legislación del punto en que se encuentra lo relativo á la concurrencia de testigos y consentimiento, como en lo referente á la persona que haya. Esa concesión la otorga el párrafo primero de 72, comprensivo del principio general que inspira el testamento formal. Según el mismo, todos los requisitos aplicando desde la *Sección tercera del cap. I, tit. III*, digo, han de guardarse en la manera como lo ordena la Nación en que el español teste; número y calidades de los testigos, misión del Notario ó persona que haga de él, y modo de dar forma al testamento, lo la persona del testador, modo de dar forma ó de las últimas disposiciones, procedimiento para hacer la declaración de voluntad activa de aquél, la cual habrá de regirse por las leyes del país á que pertenezca dicho testador, y excepciones del testamento cuando concurren circunstancias anormales en el referido país extranjero, y además otros extremos que la correspondiente legislación ordene, aunque no se hallen previstos en el derecho español.

no queda fuera de la comprensión del principio establecido el art. 732, en su primera parte, todo lo que se refiera á la forma de los testamentos, prueba plenamente la certeza de una observación en comentarios anteriores al afirmar que hubiera sido correcto y científico considerar la *Sección novena*, en la que nos encontramos, la *Octava*, la *Séptima*, la *Sexta*, la *Quinta* como subsecciones dependientes de la *Tercera*. De la forma de los testamentos, y no ordenarlas independientemente, cual se encuentran hoy, como si se relacio-

naran lo mismo, por ejemplo, la que trata del testamento abierto con la primera del mismo capítulo y título, que regula la capacidad para disponer por testamento, ó una cualquiera de las que modelan cierta manera de testar con la que precisamente establece los principios generales en materia de formas testamentarias y los que son aplicables á las que admite el Código en las secciones siguientes.

Si se hubiera adoptado el plan referido, sin duda más lógico, hoy tendríamos aclarada la significación de la frase *formas de los testamentos, estatuto formal*, á que alude la primera parte del artículo que examinamos. Por supuesto, que habría que dar también cabida entre los principios generales del capítulo ó sección en que se empieza á tratar de las formas testamentarias á otras declaraciones que están indebidamente esparcidas en varios lugares del *cap. I, tít. III, libro III* del Código, titulado *De los testamentos*, para poder asegurar que dicho estatuto formal no comprendía más que los extremos que da á conocer nuestro Código ó las legislaciones extranjeras con él concordantes en el tratado de *formas de los testamentos*.

No alude, por tanto, la disposición que en su primer apartado comentamos, á la materia tratada en la *Sección primera* de dichos capítulo y título. Como comprensiva de la llamada testamentifacción activa, con arreglo al art. 9.º del Código, obligará y será aplicable al español en cualquier punto en que se halle, dentro ó fuera de su país. Tampoco puede aludir á los subsiguientes tratados del que ahora examinamos, en los que ya empieza á regularse lo relativo al fondo de los testamentos, porque toda esta materia jurídica se determinará por la legislación patria respecto del español que teste en el extranjero, sin distinción de los bienes muebles ó inmuebles que compongan la herencia, porque ya sabemos que esa excepción fué establecida en el párrafo segundo del art. 10 del Código, tratándose del estatuto llamado real.

Cuestión.—¿Podrá un español en el extranjero usar del testamento por comisario, siempre que, como es natural, la legislación respectiva lo permita? () en otros términos: la institución del testamento por comisario, ¿pertenece al estatuto formal ó al personal? El art. 670 ya dice que siendo el testamento un acto personalísimo, no podrá dejarse su *formación*, en todo ni en parte,

El párrafo 2.º del art. 732, al prescribir que los españoles también podrán testar en alta mar, yendo embarcados en un buque extranjero, con sujeción á las leyes de la Nación á que el buque pertenezca, no contradice el principio del estatuto formal, porque las naves se consideran como una prolongación del territorio, zona flotante del país en que están abanderadas. Y en ese sentido, lo mismo en mar que en tierra extranjera, el español ha de aplicar las solemnidades testamentarias externas del país á cuya soberanía se halle entonces en cierto modo sometido.

El art. 1.º, apartado último de las leyes de extranjería de 17 de Noviembre de 1852 y 4 de Julio de 1870, consideran á los buques nacionales, sin distinción alguna, como parte de los dominios españoles.

Tales ideas están además fundadas, como reconoce un publicista español, en la imposibilidad de que los pasajeros se sujeten á las formalidades señaladas para el testamento marítimo, por la ausencia en los buques extranjeros de aquellas autoridades á las cuales, en los barcos que navegan bajo pabellón español, defiere el Código la facultad de autorizar los testamentos. Imponer en tales casos el cumplimiento de las leyes formales de la patria, para huir del peligro de que pudieran burlarse las prohibitivas, equivaldría á hacer ilusorio el ejercicio de los derechos y á desconocer lo necesario, para evitar lo contingente.

Mas el precepto del Código habla de *alta mar*, lo cual parece dar á entender que, aun navegando un español en buque extranjero, no necesita en todo caso ampararse á las leyes del estatuto formal, ya que discurriendo con lógica hay que presumir que algún propósito ha guiado al legislador español al empleo de esa frase, que de otro lado significa una excepción al principio de que los buques se consideran parte del territorio nacional en cuya matrícula se hallan inscritos. La frase *alta mar* equivale á la porción marítima que no pertenece á la llamada zona litoral, ó sea la que, según el art. 1.º, número 2.º de la ley de puertos de 7 de Mayo de 1880, constituye la zona marítima que ciñe las costas ó fronteras de los dominios de España en toda la anchura determinada por el Derecho internacional, con sus ensenadas, radas, bahías, puertos y demás abrigos utilizables para la pesca y navegación. Se dice en los motivos de la ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866 que aunque el mar, destinado por la Providencia

á servir de vía universal de comunicación entre los pueblos, n pertenece al dominio de Nación alguna, la seguridad é independencia de éstas exige que se considere como parte del territorio de las mismas contigua á sus playas.

El insigne tratadista Fiore, en su tratado de *Derecho internacional público*, declara que, extendiendo la soberanía territorial su jurisdicción sobre las aguas hasta cierta distancia de la costa es una consecuencia clara y cierta de esto, que cuando los buques entren en las aguas territoriales extranjeras, se hallan bajo la jurisdicción del país bañado por dichas aguas. De suerte que e atención á esta idea fundamental, es preciso insistir en la excepción antes establecida de que los buques á veces no se consideran como una ampliación del país en que se hallan nacionalizados porque, como observa el mismo indicado autor, reputándose la naves como adyacentes al territorio del Estado cuya bandera ostentan y bajo el cual ejercen los derechos jurisdiccionales, es necesario determinar exactamente el campo en que cada soberanía puede ejercitar esos derechos, á fin de evitar conflictos. La diferencia que encuentra Fiore entre el mar territorial y la alta mar la funda en que el mar, hasta cierta distancia de la costa, forma parte del territorio del Estado, y su posesión corresponde á la soberanía del mismo, con exclusión de todos los demás; por eso se llama mar territorial, porque de él tiene el Estado la posesión jurídica, que no puede ostentar de la alta mar. En aquél cabe la posibilidad física de ser poseído, y su extensión estará determinada por esa misma posibilidad.

Los autores y Estados civilizados señalan hoy la zona del mar territorial en la distancia de tres millas á contar desde la playa creyendo Fiore que podrá extenderse hasta el alcance máximo de los mejores cañones; pero ese criterio resulta algo inexacto. Por esto opina el tratadista Calvo, en su *Derecho internacional* que hasta que no se haya establecido otra cosa en contrario y no se haya tomado una decisión sancionada por la mayoría de los Estados, la demarcación de tres millas marítimas constituye desde el punto de vista internacional, una regla fija que debe ser observada y respetada.

Tales consideraciones explican la disposición del párrafo segundo de nuestro art. 732, al aludir á los testamentos otorgados por un español en buque extranjero y en alta mar. Parece, po

tanto, deducción lógica la de que el español que navegue en dicha clase de buques, pero dentro de las aguas jurisdiccionales de España, quede obligado á guardar las formalidades testamentarias de nuestro Código civil.

El precepto que comprende el apartado tercero del artículo que comentamos representa una evidente excepción al principio del estatuto formal, porque permite el empleo de una clase de testamento en país extranjero, aunque éste no la admita en su legislación civil. Esto constituye además una intromisión en la soberanía privativa de las Naciones, á las que, es verdad, les quedará reservada la propia facultad con respecto á los súbditos suyos que testen en España. Así se ha hecho, por ejemplo, en el artículo 19 del Tratado celebrado entre Francia y nuestra Nación en 7 de Enero de 1872, al no distinguir la clase de testamentos que quedaban autorizados para otorgar los franceses en nuestro territorio. Y la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Junio de 1873, en efecto, reconoce que el francés transeúnte ó domiciliado en España puede, con arreglo al citado art. 19, otorgar testamento ológrafo, por ser válido con arreglo al Derecho de su país (aún no se conocía aquél entre nosotros). Hay, sin embargo, la particularidad en el referido caso, de que la Nación francesa obtuvo esa concesión tratándose de los súbditos suyos que hubieren de disponer su última voluntad en España, pero ante los Cónsules generales, Cónsules, Vicecónsules ó Agentes consulares ó sus Cancilleres en las mismas Cancillerías, en el domicilio de las partes ó á bordo de los buques de su Nación. Y esta excepción se encuentra justificada como luego veremos, porque bien explicada no puede considerarse tal excepción, sino consecuencia del mismo estatuto formal rectamente entendido. Además, concesiones de la naturaleza de las indicadas, parece más propio establecerlas en un Tratado internacional, en que las Naciones contratantes, por su exclusivo provecho é interés, y sin necesidad de tener en cuenta para nada la teoría de los estatutos, que sólo regirá supletoriamente á falta de esos pactos internacionales, regulan á su arbitrio las relaciones jurídicas de sus respectivos naturales.

Lo que juzgamos improcedente es que nuestro Código establezca la excepción relativa al testamento ológrafo, y mucho más tratándose de una forma de testar tan expuesta ya de por sí á

! LAS SUCESIONES

otra parte, se la despoja de asegurar su autenticidad, es sellado. Y este juicio que exige, le hacemos extensivo á varias las que adoptan igual

el último párrafo del art. 1.º del testamento ológrafo, otorgado en España, pudiendo rechazar la necesidad de ejecutarlo, por *il actum*, única admisible; y vemos esto indudable, si en varias legislaciones no concediendo validez á esa forma de testamento, puede obligar á los demás países. sólo á concidencia en su cumplimiento en nuestro país. El último del art. 688 autoriza

ológrafo en su propio país porque con esto, el legislador español se ha limitado á la aplicación corriente del estatuto formal, permitiendo á los no españoles el uso de una clase de testamento que nuestras leyes admiten; al paso que el párrafo 3.º del art. 732 autoriza aquella forma testamentaria aun en países en que aparezca sin vida legal alguna, ó proscripta de sus Códigos.

Ese testamento ológrafo ya veremos más adelante qué destino habrá de llevar, cuando su autor no quiera conservarlo en su poder; debiendo aconsejar nosotros que para evitar en el día de mañana entorpecimientos y dificultades, se deposite en manos del Agente diplomático ó Consular respectivo, sobre todo si la intención en que el testador hubiera dispuesto su última voluntad en forma ológrafa no admite ésta y aquél juzga improbable poder conservar el testamento en su poder hasta que regrese á España.

De esa suerte, las diligencias de apertura, comprobación y protocolización se ajustarán á las reglas procesales españolas contenidas en los artículos 691 al 693 del Código civil; por lo que dichos Agentes están en el deber de remitir el testamento al nuestro Ministerio de Estado. De otra manera podría en de

minados países extranjeros discutirse la validez de ese testamento ológrafo, cuando en ellos no estuviera admitida tal modalidad testamentaria.

*
* *

El art. 733 constituye una segunda excepción de la regla *locus regit actum*, por cuanto en su lugar respectivo hubimos de convenir ya en que la institución del testamento mancomunado afecta á la forma, no al fondo de las últimas voluntades. El artículo 669 no prohíbe el que dos personas puedan testar recíprocamente, la una en provecho de la otra; lo que impide es que esas personas puedan hacerlo en un mismo instrumento testamentario, porque el testamento es acto personalísimo, en que no ha de haber más que un solo testador.

Tal disposición es también consecuencia legal de la excepción que al estatuto formal impone el párrafo 3.º del art. 11, porque se trata de leyes prohibitivas, como la del referido art. 669, que no han de quedar ineficaces, según ya sabemos, por actos realizados en país extranjero. Sin embargo, decimos del testamento mancomunado lo propio que hemos expuesto anteriormente del ológrafo: Se invaden las atribuciones soberanas de un país cuando la legislación de éste no admite dicha forma de testar; porque es obvio que alguna autoridad ha de concederse á esa legislación, por lo menos para que pueda regular legítimamente las formalidades externas de los actos jurídicos que en los límites de su territorio se realicen, cualquiera que sea la nacionalidad de los que en ellas intervengan.

Regirá el precepto excepcional del art. 733 exclusivamente en cuanto á los testamentos mancomunados, cuya efectividad y ejecución tratara de llevarse á cabo en España.

Si un español emplea la forma mancomunada de testar en una Nación en cuyo Código se halle admitida y consagrada, el testamento será válido, siempre que se hayan tenido en cuenta las prescripciones del Código español, respecto al orden de suceder, como á la cuantía de dicho derecho y á la validez de las disposiciones internas, que es lo que constituye el estatuto personal, á que se refiere el apartado segundo del art. 10 del mismo Código; porque nuestro art. 733 se limita á expresar que no será válido en

incomunado que los españoles otorguen, que no trate de hacerse valer ante las ejecutarse en nuestro territorio, ó llevar nencias legales; porque entonces ya pmento se cumplía en territorio español.

* * *

amos de examinar, comentando los ar- os por reproducida refiriéndonos en nues- elaciones de derecho testamentario entre ción común y las que están regidas por stá bien terminante el art. 14 del C6- n los artículos 9, 10 y 11 respecto á las bienes de los españoles en el extranjero España, es aplicable á las personas, actos s en territorios ó provincias de diferente nto, concretándonos á los problemas ju- e tratamos, serán asimismo aplicables los formal á los que gocen de vecindad en á los que estén á los mismos equiparados, hallen en territorio de derecho foral, con este comentario quedan explicadas. Los odrán otorgar testamento ológrafo en itorio español, aun no admitiendo aquél ; pero no están autorizados para testar i si disponen de su última voluntad en aya, siempre que el testamento quisiera vincias á cuya legislación estén sometidos

art. 669 ya demostramos, hasta con la ación general de la Dirección de los Re- ses, navarros y vizcainos podían otorgar do, puesto que su respectivo fuero lo au- apetaba la integridad de la legislación e ocasión nos referimos, no al natural de por un concepto ó por otro esté sometido , sino precisamente al que no está some- que, accidentalmente ó no residiendo el

tiempo que produce vecindad, se encuentra en territorio aforado. Las soluciones, pues, en uno y otro caso tienen que ser diametralmente opuestas, porque en el primer supuesto rige por entero el derecho foral, en cuanto á las personas, los actos y los bienes del testador, y en el segundo solamente las consecuencias del estatuto formal, con la terminante excepción prescrita en el artículo 733, que además está comprendida en el apartado 3.º del artículo 11 del Código, como ley prohibitiva concerniente á acto jurídico, que no puede quedar sin efecto por disposición acordada en provincia española de diferente legislación civil. Recuérdese que dicho último artículo está, por el 14, aplicado á las relaciones interprovinciales de que venimos tratando.

Se haría inacabable este comentario, é impropio de la presente obra, si nos decidiéramos á examinar, con relación á lo que queda expuesto, la multitud de complejas cuestiones y dudas transcendentales que puede originar el estudio de cada caso concreto en alguna disposición de los muchos Tratados internacionales celebrados por España con otras Naciones y en el Derecho foral. 7

ART. 734. También podrán los españoles que se encuentren en país extranjero otorgar su testamento abierto ó cerrado, ante el Agente diplomático ó consular de España residente en el lugar del otorgamiento.

En estos casos, dicho Agente hará las veces de Notario, y se observarán respectivamente todas las formalidades establecidas en las secciones quinta y sexta de este capítulo, no siendo, sin embargo, necesaria la condición del domicilio de los testigos.

Concordancias.—Semejante al art. 586 del proyecto de 1851 é igual al 733 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

Agente diplomático ó consular remitirá su firma y sello, copia del testamento, el acta de otorgamiento del cerrado, todo para que se deposite en su ar-

Semejante en su doctrina al art. 587 del al al 784 del de 1882.

IGALES.—*Ninguno.*

Agente diplomático ó consular, en depositado en testamento ológrafo ol, lo remitirá al Ministerio de Es- a el testador, con el certificado de

e Estado hará publicar en la *Gaceta* a del fallecimiento, para que los erencia puedan recoger el testa- su protocolización en la forma pre-

Análogo al art. 735 del proyecto de 1882.

IGALES.—*Ninguno.*

ARTICULOS 734, 735 y 736.—Los artículos la otra forma testamentaria potestativa anteriores nos hemos referido. La declaración es en el extranjero pueden testar ante un consular que resida en el lugar del otorgamiento. Las leyes del país del testador, no con- *regit actum*. Así como al buque español se liación de nuestro país, el representante

diplomático ó consular de España en el extranjero se supone que lleva consigo parte del territorio, cuando ha de intervenir en actos de los naturales ó nacionalizados en el país que representa, hasta el punto de que la casa del Embajador ó del Cónsul se reputa como asilo reservado á los mismos para ejercer las funciones que les están señaladas, con independencia de toda autoridad del país en que se encuentran. Este concepto se halla comprendido en la idea general que se conoce con el nombre de extraterritorialidad ó de inmunidad personal.

El español que ordena su última voluntad en el extranjero ante un Representante de su Nación, se entiende que testa en su país, y por consecuencia, ha de observar, no la doctrina de los estatutos, porque ésta deja entonces de ser aplicable, sino las propias leyes de su territorio. Dice el Sr. Sánchez Román que, por virtud de la ficción de la extraterritorialidad, considérase al Agente diplomático y al Cónsul, en países infieles singularmente, como residiendo en su patria, ejerciendo allí sus actos y atribuciones y otorgando por tanto testamentos, bajo las disposiciones legales del territorio en que finjan residir.

El principio aplicado á la materia testamentaria está tan universalmente aceptado por las Naciones civilizadas, que lo hallamos recogido en casi todos los Códigos extranjeros y hasta explícitamente en algunos Tratados internacionales. En el celebrado el 22 de Febrero de 1870 entre España y Alemania (§ 2.º del art. 10) se concede á los Cónsules generales, Cónsules ó Vicecónsules ó Agentes consulares de los dos países, y aun á los Cancilleres, el poder autorizar como Notarios las disposiciones testamentarias de sus nacionales y todos los demás actos propios de la jurisdicción voluntaria, aun cuando estos actos tengan por objeto la constitución de hipotecas sobre bienes situados en el territorio de la Nación á que pertenezca el Cónsul ó Agente consular.

El Reglamento del Cuerpo consular español de 23 de Julio de 1888, dispone en el art. 32 que los Vicecónsules en su distrito son Notarios públicos y Secretarios de Juzgados, y les corresponde ejercer, bajo la inmediata dirección del Cónsul, las funciones propias de dichos cargos; lo cual no obsta para que el Cónsul pueda ejercer también dichas funciones cuando estuviere solo ó por otro motivo justificado. El Código civil, al parecer,

rácter á todo funcionario diplomático ó consular
tado como tal en la residencia del testador. Y los
sulares de 14 de Julio de 1890, en su art. 32, prevén
e refiere nuestro art. 734, porque fijan los honora-
funcionarios por la formación de un testamento ó

o, la disposición según la que, en los casos indica-
nto á que venimos refiriéndonos se otorgará, cual
la forma, abierta ó cerrada (puesto que en la oló-
ecisa intervención alguna notarial), con arreglo á
olas, es también consecuencia obligada de la regla
ida en el párrafo 2.º, art. 11 del Código, con suje-
tículo y párrafo, cuando los testamentos, como los
os, sean autorizados por funcionarios diplomáticos
e España en el extranjero, se observarán en su
as solemnidades establecidas por las leyes espa-

ito otorgado en tal forma será perfectamente vá-
: Para hacerlo valer en otro cualquier país, habrá
lo que la legislación respectiva sobre el particular
ito que, repetimos, el precepto que examinamos
se en favor de los españoles que se encontraran
pero, cerca del cual existiera acreditado algún re-
plomático ó consular de España; pero no puede
más Naciones que tengan otra cosa legislada en
tiva de su soberanía.

ne con la variación de la persona que desempeña
notariales, los testamentos abiertos y cerrados, á
stro artículo, son verdaderamente solemnes y or-
cesitan de confirmación posterior, ni de ninguna
d supletoria, para que después del fallecimiento
rtan todos sus efectos.

referencia á las *Secciones quinta y sexta* de este
apleta y sin limitación alguna. Por tanto, ante los
náticos y consulares podrán asimismo testar los
s, los que se hallen en peligro inminente de muerte
a en tiempo de epidemia: Estas dos últimas formas
sarse interviniendo forzosamente dichos funciona-
is artículos 700 y 701 de nuestro Código no preci-

sen la comparecencia de Notario; porque en tanto, dijimos, se admite en el extranjero testar con arreglo al citado Código en cuanto tal acto se realice en presencia de los representantes diplomáticos ó consulares de España.

La protocolización de los testamentos también pueden llevarla á cabo esos mismos Agentes. De ello nos convencen las referencias que se hacen en nuestro art. 734; y además, en los 32 y 33 de los Aranceles de los Cónsules anteriormente citados se prevé asimismo el caso de protocolización de testamentos ológrafos y de toda clase de documentos. Por otra parte, residiendo en algunos casos la escritura matriz en la oficina de los expresados Agentes diplomáticos, deben por consecuencia legal cumplirse allí todas las demás funciones notariales.

En cuanto á la solemnización posterior de ciertos testamentos abiertos comprendidos en las circunstancias del art. 704 del Código, los Cónsules y Agentes diplomáticos desempeñarán las funciones correspondientes en tales actos de jurisdicción voluntaria, sólo cuando los Tratados y la costumbre les concedan el ejercicio de esa jurisdicción: Según el art. 31 del Reglamento consular de 1883, entonces administrarán los Cónsules justicia en lo civil y en lo criminal, en primera instancia, entre súbditos y contra súbditos españoles.

Esa solemnización posterior, tratándose de testamentos excepcionales otorgados ante Agentes diplomáticos ó consulares en el extranjero, no ha de ser muy frecuente, porque ya hemos dicho que los testamentos de que tratamos solamente serán admisibles cuando los reciban aquellos funcionarios; y como éstos hacen el papel de Notarios, se excusará la elevación del testamento á escritura pública, á no ser que la última voluntad se hubiera expresado simplemente de palabra.

La única excepción que especifica el art. 734 es la referente á los testigos, a quienes se dispensa de la condición del domicilio, exigida por el núm. 3.º del art. 681 del Código. Por lo demás, parece que todos los otros requisitos que éste determina han de ser cumplidos, por tratarse de testamentos hechos con arreglo á las solemnidades de las leyes de España. Mas, como algunos autores opinan, ¿estarán incapacitados para testificar en dicha clase de testamentos, los extranjeros que conozcan el idioma en que se exprese el testador? Al estudiar cada uno de los pro-

695

. 681

omi-

tes-

otivo

ex-

les á

esta-

echo

nici-

y al

sulta

imas

que

fiere

eden

ento.

22) y

dmi-

ados

tér-

do-

d.

con

dena

reor-

tima

liplo-

á la

día,

ento,

nsig-

leza,

dres,

obla-

olun-

earse

todas esas circunstancias, se manifestará que van comunicadas las únicas adquiridas. El Jefe del Negociado de la Dirección acusará recibo á los Agentes diplomáticos ó consulares, quienes, si no tienen aquél después de transcurrido el tiempo necesario para ello, repetirán dicha comunicación hasta obtenerlo. Además, los expresados funcionarios, en virtud de lo que determina el apartado último del art. 10 del citado Real decreto de 1891, remitirán cada mes á la Dirección general de los Registros las hojas, por orden alfabético, que estén completamente llenas, de los asientos hechos en su Registro particular, manifestando en la comunicación el número de las hojas que se acompañan, el de las que quedan empezadas, y el de asientos que contiene cada una de éstas, con expresión de la letra á que corresponda.

Después de lo anteriormente consignado, el Agente diplomático ó consular deberá cumplir el art. 735 del Código, remitiendo al Ministerio de Estado, en el plazo más breve posible, y sin esperar á que fallezca el testador, la copia del testamento abierto, autorizada con su firma y sello, ó la del acta de otorgamiento del testamento cerrado, en la propia forma, con el objeto de que sean archivadas en dicho Ministerio. Esta formalidad, por sí sola, no tiene por objeto, como supone un tratadista español, el facilitar que llegue á conocimiento de las familias y de los interesados la existencia de tales últimas voluntades; porque el referido Archivo tiende á asegurar la conservación de aquéllas y á tenerlas á disposición de los interesados, cuando proceda la aplicación del art. 736.

El Agente diplomático ó consular, en todo caso, hará la expresada remisión al Ministerio de Estado como una formalidad inmediata y subsiguiente á las que hemos explicado al examinar el art. 734. Por eso el 735 para nada se refiere al testamento ológrafo, porque en éste no intervienen dichos Agentes, y mal pueden tener noticia de su existencia, salvo el caso de que fuera depositado en su poder; pero entonces el artículo aplicable sería el 736.

El testamento abierto queda, como matriz de una escritura pública, en la oficina del Agente diplomático ó consular respectivo, quienes deberán remitir una copia autorizada al Ministerio de Estado para su Archivo. Mas los testamentos cerrados y ológrafos no se hallan en el mismo caso. Los cerrados pueden que-

de a
o, c
36.
se
int
bal!
vo
ca

el e
ado
va
n u
a co
el
lit
ne l
esta
co
paci
o n
lor
y o
omj

o tr
el
rae
a q
jerc
i co
lon
18.
xeni
nte
egli
9 d
cc
son

tarios de Juzgado y ejercen tales funciones bajo la inmediata dirección del Cónsul respectivo, quienes podrán encabezar y suscribir por sí mismos el certificado de fallecimiento á que alude el primer apartado de nuestro art. 736.

Depositado el testamento cerrado en poder de un particular, éste, en el caso de que sea español, cumplirá con la obligación prescrita en los artículos 712 y 713, entregando el pliego testamentario al Agente diplomático ó consular en cuya demarcación se encuentre, para que á su vez sea posible la práctica del texto que estamos comentando.

*
* *

No nos cabe duda alguna de que los funcionarios diplomáticos y consulares quedarán incurso en la correspondiente responsabilidad civil de indemnización de daños y perjuicios, si habiendo intervenido en la otorgación de testamentos abiertos ó cerrados con su calidad notarial, fueran aquéllos declarados nulos, y se probara que no se observaron las respectivas solemnidades establecidas en cada caso, por malicia, negligencia ó ignorancia inexcusables.

Desconocemos qué fundamentos (pues no los alega) habrá tenido el tratadista Sr. R. Gómez, en su *Tratado sobre las sucesiones*, para negar dicha responsabilidad; nosotros la encontramos clarísima dentro de los preceptos del Código. Precisamente la consideración de que los Agentes diplomáticos ó consulares ejercen en el extranjero las funciones notariales en la confección de testamentos, *hacen las veces de Notario*, como dice el comienzo del párrafo segundo del art. 734, y la de que éste se refiere expresamente á toda la *Sección* que trata del testamento cerrado, sin limitación alguna, sirven para hacer igualmente aplicables á los expresados funcionarios las mismas prescripciones que obligan á los Notarios. Por esto, á aquéllos se les exige que conozcan la legislación notarial de su país, para que la apliquen con acierto y con iguales rigor y escrúpulo con que se aplica en la Península.

Ahora bien: si el párrafo último del art. 736 hay que interpretarle tal cual literalmente está concebido, es imposible su aplicación de no admitir una inteligencia virtual y más conforme con las circunstancias y supuestos de que parte. Obsérvese que nada

de la apertura] del testamento cerrado, ni de las elementarias de solemnización, en el ológrafo, de los artículos 691 y 692 del Código. Luego, ¿cómo lleguen á conocerse los interesados en la herencia, forma de testar, y aun en la segunda cuando se reterio el testamento ológrafo cerrado por haberlo testador? Y desconocido ese extremo, ¿cómo han de gestiones de protocolización testamentaria á que últimas palabras de dicho apartado?

Se ni se alude en lo más mínimo al procedimiento de los artículos 718 y 727 respecto de los testamentos rítmicos, de remitirlos el Ministro de la Guerra ó el su caso, al Juez del último domicilio del difunto ó os de Madrid, para que procedan de oficio á la testamentos cerrados, con citación é intervención fiscal, poniéndose, después de abiertos, en conoci- peraderos y demás interesados, ni se encomiendan á los Agentes diplomáticos ó consulares en el anjero en que están facultados para administrar ivil.

io de Estado, según el tenor literal del precepto os, habrá de limitarse á hacer insertar en la *Ga-* la noticia del fallecimiento del testador, y cre- ás, la circunstancia de que éste testó en determi- el extranjero. El art. 1.029 del Código de Chile, o de los Códigos extranjeros que más analogía el texto objeto del comentario, ordena que el Minis- iones exteriores remitirá la copia del testamento rátula del cerrado al Juez del último domicilio del objeto de incorporarla al protocolo ó archivo del mismo domicilio. ●

ntendemos que por el hecho de darse á conocer en llecimiento del testador y el otorgamiento del tes- to ú ológrafo en el extranjero, se supone que los in- herencia han de ser los más próximos parientes y icho testador, los cuales podrán determinarse por leacia de dicha inserción, nos encontramos con la ue el art. 736, en su segunda parte, no habla ni de apertura de los pliegos testamentarios y sí sólo

á su protocolización, que son dos trámites muy distintos, según el Código y la ley de Enjuiciamiento civil. Y si, por el contrario, al acto de la inserción de la noticia de la muerte y de la existencia de una disposición testamentaria, en el periódico oficial citado, ha de preceder la diligencia de apertura del testamento cerrado y del ológrafo, cuando se encuentre en aquella forma, es imposible adivinar, según el expresado precepto, qué autoridad ni con arreglo á qué trámites ni en qué punto se ha de llevar á cabo la mencionada diligencia.

- Todas estas observaciones las hace precisas el incoherente y extraño modo con que aparece concebida la redacción del párrafo que comentamos. Mientras tales preceptos no sean debidamente corregidos, opinamos que la interpretación de ese precepto debe ser la primera de las dos que hemos indicado como posibles: Y por tanto, los que se supongan interesados en la herencia en el concepto de parientes ó allegados, cuyos extremos acreditarán ante el Ministerio de Estado con las oportunas certificaciones del Registro civil, deberán obtener el testamento, sea ológrafo ó cerrado, y ante el Juez del último domicilio del difunto, ó si éste no es conocido, ante el Decano de los de Madrid, solicitarán la práctica de las diligencias á que aluden respectivamente los artículos 691 á 693 y 714 del Código; entendiéndose que la protocolización de que trata el 736 (§ 2.º) lleva sobreentendida, en un caso, la apertura del testamento cerrado, que precederá, como es natural, á aquel trámite; y en otro, las prácticas de comprobación de la letra del testador.

Si el testamento ológrafo se halla en pliego abierto, no creemos que exista inconveniente alguno en que se haga el llamamiento de los interesados en la herencia por medio de la *Gaceta de Madrid*, al propio tiempo que se participa el fallecimiento del testador y el haber dispuesto su última voluntad ante un representante acreditado de España en el extranjero.

XXI

De los testamentos.

La institución más adecuada la da el tratado de testamentos de los Códigos extranjeros, que para tratar de las sucesiones testamentarias, se detalla, á fin de que ninguna de ellas sea del fallecimiento del testador y dependiente, sino aquél. La institución de mejoras, la concesión de albaceas, etc., son todas en un testamento, que puede ser revocado ó por la declaración de nulidad.

Los jurídicos objeto de la presente que repetir lo que, dice Justiniano en *in iure factum usque eo fiat*; el testamento hecho desde el momento hasta que se rompe ó se anula (Elementos del derecho) se considera válido desde el momento en que se le hace aparecer nulo después. Ese mismo derecho en diversas formas, por las que en efecto, llamando testamento no se habían observado

las solemnidades exteriores: *testamentum nullum* al que contenía un vicio esencial, que afectaba al fondo de la última voluntad, tal como la incapacidad del testador, la preterición de un heredero forzoso; *testamentum irritum* el hecho por un testador que dejaba de ser ciudadano romano ó perdía la condición de *sui iuris*, efecto de sufrir una *capitis diminutio*; *testamentum destitutum*, porque el heredero dejase de adir la herencia, se hiciese incapaz ó no llegase á cumplir la condición impuesta por el testador; *testamentum ruptum*, por el nacimiento de un heredero forzoso, por la adquisición de esta cualidad, ó por la ruptura material del testamento; *testamentum rescissum*, el declarado nulo por haber prevalecido la acción de inoficioso; y el testamento que se inutilizaba por el cambio de la voluntad del testador.

La legislación de Partidas aceptó virtualmente ese tecnicismo, que llegó á hacerse incompatible con la organización testamentaria implantada en la vida del Derecho positivo por el *Ordenamiento de Alcalá*. El nacimiento de un hijo, el hecho de no llegar á adirse la herencia, la preterición de un heredero forzoso, producirán hoy la nulidad de la institución de heredero, no la del testamento, porque se puede morir parte testado y parte intestado. La *capitis diminutio* desapareció con la legislación romana.

Fácilmente se comprende que todos esos distintos vicios y situaciones jurídicas de los testamentos pueden perfectamente quedar reducidas á dos: testamentos nulos y testamentos revocados.

Estas son también las dos ideas que oientíficamente se emplean en la presente *Sección décima*: «la caducidad

III—DE LAS SUCESIONES

ción". La ineficacia, equivalente a nulidad, supone que el testamento *ab initio vitiosum est non potest rescindi*. Tales ideas se corrigieron, con las de rescisión y nulidad, en cuanto una significa que que el testamento es nulo por el testador ó por los contrahechores, y la otra no ha sido declarada nula en tiempos anteriores, declaración que se otorga al ser del momento en que se otorga el testamento, o que como última voluntad el testamento nunca puede ser testamento nulo; así es que, declarada nula por los tribunales posteriormente, no deja de producir efectos; se ha producido. Dice perfectamente el art. 1.038 del Código de

«Los actos nulos se reputan tales desde el momento en que haya sido juzgado», expresando el Código que la nulidad produce los mismos efectos que si hubieran sido antes del acto anulado. En el caso de nulidad por el testador menor de catorce años y por el testamento que hiciera antes de llegar a la mayoría de edad, la nulidad produce los efectos de la revocación y de la nulidad de los actos de los mismos; consecuencia obligada por el principio de la última voluntad á que se refiere la ley, es el testador quien declara la nulidad, en nombre del interés general del Derecho.

La presente *Sección* bien puede decirse que está casi toda consagrada á la *revocatio*; de los siete artículos que la componen, seis regulan diversos modos de revocación, efectos determinados que ésta, en algún caso ha de producir y requisitos con que debe verificarse; el restante artículo es el destinado á enunciar simplemente el principio de la caducidad ó ineficacia.

ART. 737. Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad ó resolución de no revocarlas.

Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras ó señales.

Concordancias.—Virtualmente igual al art. 717 del proyecto de Código de 1851 é idéntico al 915 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. I, ley 22.*—...La otra es, quando el testador dize assi: Este mio testamento que agora fago, quiero que vala para siempre, e non quiero que vala otro testamento que fuesse fallado, que ouiesse fecho ante deste, nin despues. Ca si acaesciesse, que este atal mudasse su voluntad, e fiziesse otro testamento, non quebrantaria por ende el otro, que ouiesse ante fecho: fueras ende si el testador dixesse en el postrimero testamento señaladamente, que renocaua el otro, e que non tuiesse daño, a aquel testamento que agora fazia, las palabras que dixera en el primero.

Partida 6.ª, tit. I, ley 25.—La voluntad del ome es de tal natura, que se muda en muchas maneras, e por ende ningun ome non puede fazer testamento tan firme, que lo non pueda despues

re, hasta el día que muera; solamente, que cuando lo camiare e que faga otro acabada-

nos manifestado, al explicar la definición de las notas diferenciadoras más esenciales la revocabilidad, hasta el punto de que ante la institución testamentaria. *Ambulanti usque ad mortem*: el hombre puede variar muerte; y toda excepción á este principio, enuncia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 1881 á la anterior legislación, debe interpretarse, como cuanto tienda á coartar el libre ante facultad de testar. El art. 737, transcrita en primera parte, la declaración general, obliga al testador la renuncia á la modificación de institucionales. Esta última idea es análoga á lo párrafo del art. 675, según el que el testador no puede impugnar el testamento en los casos de nulidad declarada por la ley. Se trata de principio esencial de una institución, por lo que es público.

Como dice filosóficamente el art. 3.824 del Código de Argentina, no confiere á los instituidos el derecho. La transmisión de derechos se verifica al momento del testador, puesto que hasta ese momento el testador, siendo dueño de sus bienes, de sus derechos, de su voluntad. Por eso se dice de ésta que es clara y es que hasta que la muerte ocurra no se admiten de muchas y quizás opuestas maneras interpretándose por *última* sino la vigente en dicho momento de las impresiones recibidas por el testador, de las ideas sentidas por los que le rodean, de las circunstancias que puedan originarse del nacimiento de un hijo, de la creación de algún otro lazo familiar, de ser necesario amoldar la organización de la familia sobreviviente, y en su consecuencia vale el peculio hereditario, sin que pueda revocarse el fideicomiso anteriormente otorgado como arca

sagrada, á la que no sea posible tocar. Ningún fin cumpliría entonces la institución testamentaria. Como dice un distinguido comentarista, si se permitiera al testador dar el carácter de irrevocabilidad á su testamento, se vendría á hacer predominar una voluntad más antigua sobre otra más reciente, y por esto Alcuino, citado por Guizot en la *Historia de la civilización de Francia*, llamaba al día de la muerte la confirmación del testamento.

Expresa Rogron que por la revocabilidad el testamento se diferencia de la donación. Aquél se hace por el testador solo; el legatario no concurre; de parte de uno y de otro no hay nada de obligación ni de contrato; el legatario puede rehusar el legado á la muerte del testador; éste, durante su vida, puede revocarlo. La donación, por el contrario, es irrevocable. El testamento puede comprender bienes que no existan en poder del testador hasta después de la redacción de aquél, mientras que la donación, en general, no abarca los bienes futuros, cuya distinción proviene de que, no teniendo efecto el testamento hasta después de la muerte del testador, basta que los objetos legados existan en esta época en posesión de aquél.

No se presenta, sin embargo, en la Historia siempre reconocido el referido principio de la revocabilidad testamentaria. El publicista italiano Carlos Lessona, en su curiosa monografía *La revocabilità del testamento nella sua evoluzione storica*, reconoce con mucho acierto que del estudio del Derecho, desde los tiempos históricos, resulta que la primera forma en que se dispuso por causa de muerte á título gratuito, tenía los caracteres de irrevocabilidad; después, por influencia y predominio de otras ideas, surgió el testamento revocable, y, por fin, se mantuvo esta idea en todas las legislaciones de los pueblos cultos. El Derecho griego es de los primeros que muestran la institución testamentaria revocable, que también proclamó el Derecho romano clásico. Algunos viejos comentadores del mismo implantaron las famosas «cláusulas derogatorias» y el reconocimiento del juramento de irrevocabilidad, que tan contrarios son á los principios que, como innegables, venimos formulando. Las leyes bárbaras y las de los Estatutos, en algunas Naciones, implícitamente admiten la facultad de la revocación, y hasta el mismo Derecho musulmán hoy, proclama que el testador puede cambiar su testamento por cualquier motivo.

Entre los Códigos europeos llega hasta tal punto la certeza del reconocimiento de ese principio, que alguno, como el italiano, dispone en su art. 916 que «*No es posible en forma alguna renunciar á la libertad de revocar ó cambiar las disposiciones hechas por testamento, siendo ineficaz toda cláusula ó condición contraria*». En la jurisprudencia francesa se cita el caso de una mujer que se prohibió á sí misma la facultad de revocar su testamento, á pesar de lo cual hizo después otro; se reclamó en juicio contra éste y fué anulado; pero el Tribunal de Casación, considerando además el testamento acto unilateral, convalidó la revocación.

Y es no solamente revocable el testamento en su totalidad, sino en cualquiera parte de él, como v. gr., la institución de heredero, una mejora, legado, nombramiento de albaceas, etc., quedando subsistente todo lo demás. Nuestro art. 737 parece que alude con preferencia á las cláusulas testamentarias en particular.

La única y más importante excepción que al principio de la revocabilidad establecía el Derecho anterior ha desaparecido hoy de raíz por virtud del párrafo 2.º de nuestro art. 737. Las llamadas cláusulas derogatorias y *ad cautelam* — porque las hacía, al parecer, el testador en previsión de sucesos futuros —, están hoy abrogadas para los testamentos que se hayan otorgado después de haber comenzado á regir el Código civil.

Mucho se ha discutido y dicho respecto á esas cláusulas, considerándolas algunos autores como un preservativo, un medio de precaución, una garantía que se tomaba por anticipado el testador ante posibles asechanzas contra la integridad y autenticidad de su última disposición, reputándolas otros como una restricción, una traba, un compromiso que se imponían á sí mismos, muchas veces sin plena voluntad, los testadores, ante las exigencias quizá de algún heredero ambicioso favorecido en el primer testamento. Como en otros muchos problemas del Derecho, existen argumentos algún tanto respetables que explican la conveniencia de esas cláusulas, que en ocasiones podrían prestar beneficios inapreciables. Pero no estriba en esto el nudo de la dificultad, para admitir ó rechazar esas creaciones jurídicas, que cuentan por otra parte con precedentes dignos de respeto.

La misión del legislador en el presente, como en otros problemas delicados del Derecho, era observar de qué lado predo-

minaban las ventajas ó de cuál los inconvenientes. Y es indudable que, advirtiendo la corriente de las opiniones científicas más en boga y el precedente de las legislaciones modernas sobre el particular, y comprendiendo que por muy importantes servicios que en algún caso pudieran reportar las cláusulas derogatorias, envolvían mayores perjuicios y significaban transgresión grave de los caracteres esenciales del testamento, decidió terminar radicalmente con aquéllas, sin excusa ni atenuación de ningún género, según lo da claramente á entender el sentido imperativo y categórico con que está escrito todo el art. 737.

Con la variedad de formas de testar que el Código ha puesto hoy á disposición y al alcance de cualquiera persona, por urgente y grave que sea la situación de su vida en que pueda encontrarse, y los diversos medios garantizadores que las disposiciones notariales y las procesales proporcionan, quedan ya muy atenuados los servicios que en determinados casos pudieran prestar las cláusulas derogatorias y las *ad cautelam*.

En cambio, ¿cómo es posible que ningún testador por perspicaz que se considere, pueda prever la multitud de variadas circunstancias que, á contar del otorgamiento de su disposición testamentaria, es fácil se le presenten, tales como el nacimiento de otros parientes, el aumento ó disminución de su fortuna, incluso la modificación de la legislación testamentaria entonces vigente? ¿Con qué fundamento jurídico puede justificarse esa restricción que implica una cláusula derogatoria, y por virtud de la cual se expone el testador á no poder testar en condiciones de revocar íntegramente su anterior voluntad? Tales cláusulas, más bien, por tanto, constituyen una traba á la libre facultad de testar.

Respetamos las opiniones contrarias, pero consideramos más conformes con la índole de la institución testamentaria el carácter de espontaneidad, de libertad, hasta de interinidad, digámoslo así, que representa todo testamento hecho sin compromiso ni restricción alguna que pudiera imponerse el testador. A los ojos de cualquiera, seguramente, parecerá anómalo que una persona pueda decir en su primer testamento: *«esta es mi última y deliberada voluntad, que quiero sea irrevocable y que aseguro ha de ser la misma que me sobreviva.»*

Advertirás que venimos hablando en las últimas considera-

ciones expuestas, de las cláusulas derogatorias. También el párrafo segundo del art. 737 las distingue de las *ad cautelam*, puesto que ordena se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras *y aquellas* en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras ó señales. De las primeras no diremos más que lo ya expuesto, creyendo que basta para condenarlas á los ojos de todo espíritu recto y celoso de la lógica jurídica.

Las cláusulas *ad cautelam*, aunque análogas, en la tendencia que persiguen, á las derogatorias, no atacan tanto como éstas el principio de la revocabilidad testamentaria, puesto que no significan traba ó restricción que en absoluto se imponga el testador en su testamento para no testar más, sino que precisamente prevén el caso de que se otorguen otro ú otros, en los cuales habrán de existir esas *ciertas palabras ó señales* á que se refiere el párrafo 2.º del precepto que comentamos. Tales cláusulas ya encuentran algunos más defensores de sus presuntas excelencias. Sin embargo, y á pesar del respeto que nos merecen las opiniones que el Sr. D. Luis Silvela expresó en el Senado español, al discutirse el presente Código, cuyo señor llamaba á dichas cláusulas *candados de letras*, y las expuestas por el Sr. López R. Gómez en su *Tratado teórico-legal del derecho de sucesión*, convencidos estamos de lo dignas de supresión que han sido las referidas cláusulas *ad cautelam*, las cuales tienen en contra suya los juicios de los tratadistas nacionales y extranjeros más esclarecidos. Aquéllas vienen á representar una nueva solemnidad externa testamentaria, no prevista en su lugar respectivo por el legislador, puesto que si el testamento posterior que se otorgue para revocar el anterior ha de ser un nuevo y distinto testamento, en él habrán de requerirse condiciones que en el primero no se hacían precisas, cuales son las relativas al empleo de esa especie de contraseñas, que ha de contener el posterior testamento para que anule al que le precedió.

Y si el legislador admitiera ese sistema, daría á entender que él mismo mostraba muy poca confianza en la manera cómo había organizado lo relativo á formas testamentarias, cuando todas las garantías que acusan la intervención de Notario, de testigos, de intérpretes y testigos de conocimiento, en algunos casos, de copia duplicada del testamento, etc., etc., quedaban postergadas

á la accesoria circunstancia de que el testamento emplease ciertas palabras y señales. El jurisconsulto francés Domat afirma que esas cláusulas producen más perjuicios que ventajas, siendo innumerables los litigios á que han dado lugar, con daño grave de la paz de las familias; y Goyena opina que constituyen una espada de dos filos, pudiendo ocasionar los mismos males que se trataban de prevenir.

Según opinión de Lessona, en la monografía anteriormente citada, unas y otras cláusulas son asimismo extrañas al Derecho romano, pudiendo sólo decirse que constituyen una creación de los comentadores, los cuales la hicieron prevalecer, ó porque la creyeron erróneamente conforme con dicho Derecho, ó porque la consideraron necesaria en los tiempos en que vivían.

Nuestro Tribunal Supremo, en multitud de sentencias, tales como las de 18 de Junio de 1866, 29 de Noviembre de 1876, 12 de Julio de 1879, 4 de Julio de 1881 y 30 de Octubre de 1888, ha venido concediendo un alcance extraordinario á las cláusulas *ad cautelam*, declarando que obstaban á la aplicación del principio general de revocabilidad de los testamentos, pues los que las contenían no podían entenderse alterados por otros posteriores que no hicieran expresión de ellas, sin que bastase que el testador declarara derogadas todas las anteriores disposiciones que había otorgado, «*aun cuando llevasen cláusula especial derogatoria*». Según la sentencia de 26 de Marzo de 1861, no afecta á la esencia del testamento redactar en latín la cláusula derogatoria *ad cautelam*, ni por eso puede decirse que el documento deja de estar escrito en nuestro idioma. Por las sentencias de 7 de Enero de 1873, 13 de Junio y 30 de Octubre de 1877, se declaró que la ley de Partida establece la excepción de que valga el testamento en que prevenga un testador que subsista para siempre y que no quiere que valga otro que hubiese hecho antes ó después; pero esta excepción está limitada por el caso en que mudase su voluntad y dijera en el postrimero testamento señaladamente que revocaba ó que no hiciera daño, á aquel testamento que ahora hacía, las palabras que dijere en el primero.

No creemos exacta la afirmación del tratadista Sr. López R. Gómez, cuando dice que la supresión en el Código de las cláusulas derogatorias y *ad cautelam* se ha hecho contra lo dispuesto en la base 15 de las que sirvieron para redactar aquél. Dicha

base claramente dispuso que el tratado de las sucesiones se ajustaría, en sus principios capitales, á los acuerdos que la Comisión general de Codificación reunida en pleno, con asistencia de los Vocales correspondientes y de los Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en Noviembre de 1882, y con arreglo á ellos se mantendría en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades... y la revocación é ineficacia de las disposiciones testamentarias. Es decir, que la legislación vigente se había de respetar, sobre esos particulares, en cuanto fuese compatible con el criterio sustentado por la citada Comisión codificadora. Y en efecto, el proyecto de Código de 1882, siguiendo las huellas del de 1851, abolió, en su art. 915, toda clase de cláusulas derogatorias, absolutas ó condicionales, como las *ad cautelam*. Si se diera tal interpretación á la referida base 16, no tendrían razón de ser varias radicalísimas innovaciones introducidas por el Código en toda la materia de sucesiones y que no aparecen concretamente señaladas en dicha base.



En Aragón prevalece el principio de que el testador puede variar su voluntad hasta la muerte, aunque algunos autores, como Molina, creen que debe guardarse el juramento de no revocar la última voluntad. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Junio de 1865 declaró que, aunque el testador diga en su primer testamento que valga, siempre puede revocarlo, cuando en otro posterior afirme que no estorben aquellas palabras para su validez; debiendo suponerse válido, por regla general, el testamento que contiene cláusulas derogatorias ó *ad cautelam*.

El Derecho catalán también respeta esas cláusulas: Según la sentencia de 20 de Enero de 1887, el testamento que las contiene prevalece sobre el posterior si en éste no lo revoca señaladamente el testador, afirmando que no obsten para ello las palabras estampadas en el primero, aunque no se transcriban literalmente en el segundo; á cuyo precepto se ajusta la jurisprudencia establecida. La sentencia de 3 de Febrero de 1882 declara la irrevocabilidad de la institución de heredero hecha en documento público y solemne por la persona á quien el testador dió

encargo, porque se dice que el principio según el cual la voluntad del hombre es variable hasta la muerte, sólo tiene aplicación á los casos en que se testa en nombre propio, y tratándose de cumplir el encargo que hace el testador, una vez nombrado heredero solemnemente, la última voluntad de aquél se completa con este acto y reviste carácter irrevocable.

También Navarra admite las cláusulas *ad cautelam*.

En cuanto al problema de Derecho transitorio que encierra la duda de las disposiciones finales del Código con relación á las expresadas cláusulas, nosotros no abrigamos las dudas y complejidades que á algunos autores asaltan. Es innegable que deben respetarse las cláusulas á que alude el párrafo segundo del artículo 737 cuando estén contenidas en testamentos otorgados con anterioridad á 1.º de Mayo de 1889; los posteriores á esa fecha y que se refieran á aquéllas han de dictarse necesariamente en algunas de las formas testamentarias impuestas por el Código, ó empleando las palabras ó señales indicadas en la cláusula *ad cautelam*; lo cual se comprende porque ésta no tiene razón de ser, contrayéndola exclusivamente al testamento en que está contenida, sino refiriéndola á los demás que después pueda otorgar el mismo testador. La indicación de que las formas testamentarias, el supuesto sobre que discurrimos, han de ser las que el Código hoy regula, parecía innecesaria, porque la especialidad rige exclusivamente en dicho caso para las referidas cláusulas, no para los demás extremos del testamento; y cuando éste se otorga con posterioridad á la mencionada fecha, es ya acto realizado bajo el régimen de la nueva legislación civil, que sería absurdo referir á la precedente.

El apartado segundo de nuestro art. 737 comprende todas las especies de cláusulas derogatorias y *ad cautelam* que estaban admitidas por la legislación y jurisprudencia anteriores al Código.

ART. 738. El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar.

—Es copia del art. 718 del proyecto de Código de 1882.

LEGALES.—*Partida 6.ª, tit. I, ley 28.*—*Quando algun ome fecho su testamento, si endolo reuocar, començasse á fazer otro e algun embargo quel auiniesse, o por otra çaria por ende el testamento primero. Ca tamento que es fecho acabadamente ante n se desate por otro, que non fuesse cum ouiesse fecho testamento acabado, en que heredero, que non fuesse su fijo, nin de los el, e despues dixesse ante cinco testigos: se era escrito en el testamento por mio heresa, porque non lo meresce, porque me fueo contra mi: ea por tal razon, o por otra seapues el testador ansi dixesse, pierde el herel finado: e deue ser del Rey, pues que el testouiesse aquel que establescio por heredero, fecho, e non dexo en su testamento otro se lo suyo. Mas si otro ouiesse dexado por iento en lugar de aquel deuelo esse auer e una demanda.*

Los titulo y Partida.—El primero testamento otro que fuesse fecho despues cumplida, dando alguno ouiesse fecho su heredero a testamento, si despues oyendo nuevas que lo por heredero era finado, e non lo fuesse, e assi, fiziesse despues otro testamento en e yo non puedo auer a fulan mio heredero, que me es dicho, fago a otro fulan mio herese fallado que el primero heredero era biao, este postrimero non deroga al primero. E el o en el primero testamento, deue auer la né escrito en el. E el otro que fue escrito en auer nada: pues que non era verdadera la dor se mouio á fazerlo heredero. Empero n el primero e en el segundo testamento entes o a sus amigos, deuen valer.

Ley 22 de los mismos título y Partida.—Razones señaladas ya, porque aunque el testamento postrimero sea fecho acabadamente, non se desataria por ende el otro que ante fue fecho. E la primera es quando el padre fiziesse el testamento en que estableciesse por herederos los fijos que descendiesen del: ca si después fiziesse otro testamento e non fiziesse mencion del otro primero, non se desataria por ende el que ante ouiesse fecho así como de suso diximos.....

ART. 739. El testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo ó en parte.

Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.

Concordancias.—Copiado casi literalmente de los artículos 719 y 720 del proyecto de Código de 1851 y del 917 del de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Fuero Real, libro III, tit. V, ley 2.ª*—Si alguno después que fiziere su manda, quier seyendo sano, quier enfermo, e después fiziere manda en qual tiempo, quier que sea de aquellas cosas de que primeramente habia mandadas, la postrimera manda vala. Otrosi, aquellas cosas que primero habie mandadas, o algunas dellas que diere, o enajenare, la manda que ante habie fecha de aquellas cosas, no vala: aunque que no nbrada, mientras non lo desfizo; ca tanto vale que lo desfaga por fecho, como por palabra; e si aquello que habie mandado o alguna cosa dello no lo ajenare o no lo mandare por palabra, ni lo mandare a otri en manda que después faga, vala aquello que habie mandado.

Partida 6.ª, tit. I, ley 21, antes transcrita.

739.—El art. 738 hállese
llendo, por tanto, sin in-

nto no puede ser revo-
solemnidades necesarias
nto anterior queda revo-
, como comienza expre-
este es añadir algunas
tenerse en cuenta para
ha de entenderse hecha

bles con que ha de lle-
in solo concepto. El tes-
er tan testamento como
dadera disposición tes-
a la cláusula ó la mera
riormente dispuesto. Y
o Código los codicilos,
ualquier expresión que
és del fallecimiento de
hada de las solemnida-
, ha de vaciarse en una

el § 2.º, título XVII, li-
r Justiniano: el testa-
to posterior *válidamente*
cino Augustos, decían á
en que un testamento
n heredero para objetos
objetos no hubieren sido
a refiérese asimismo á
mente, *tacabadamente*.
lacción que se ha dado
sobre el particular de
no, injustificados los re-
formulan y examinan
ón. Si ese precepto ter-
un testamento anterior
e exigidas para testar,

huelga preguntar si un testamento ológrafo podrá derogar otro cerrado, ó uno especial ó excepcional dejar sin efecto otro otorgado con todos los mayores requisitos que el Derecho prescriba. Nuestro artículo ni siquiera ha copiado lo que otros de determinados Códigos extranjeros dicen con el mismo objeto; ha adoptado una forma de redacción amplia y comprensiva, que aleja todo motivo de vacilación en casos particulares, y no ha tratado tampoco de distinguir la clase de testamentos que pueden contener cláusulas de revocación ó dar á conocer ésta de un modo tácito. Se ha ceñido á consignar la idea de «*solemnidades necesarias para testar*», de manera análoga á lo que dispone el art. 1.685 del Código de la Luisiana, cuando indica que el acto por el que se revoca una disposición testamentaria debe ser hecho en una de las formas prescritas para los testamentos y revestido de las mismas formalidades.

Es decir, lo que se requiere es *testar*, sobreentendiéndose que debidamente; y ya sabemos que en la misma forma solemne y eficaz testa un moribundo ante cinco testigos, sin Notario, que el que emplea la forma del testamento cerrado con todas sus minuciosas solemnidades.

Además, si otra doctrina prevaleciera, llegaría á hacerse ilusorio, en muchos casos, el principio de la revocabilidad testamentaria, dificultándola á los que no se encontraran en las mismas condiciones que tenían cuando ordenaron el anterior testamento; por ejemplo, el que hubiese testado ante Notario y cinco testigos perfectamente idóneos no podría revocar su testamento cuando se encontrara en los peligros de una enfermedad ó rodeado de epidemia, sin poder encontrar funcionario notarial que autorizara la última voluntad revocatoria de la anterior. Ya lo decía un fragmento del jurisconsulto romano Ulpiano, inserto en el *Digesto* (libro XXVIII, tit. III, ley 2.^a): el testamento militar aunque dispensado de todas las formalidades, es regular y puede romper un testamento anterior.

Discútase cuanto se quiera en el terreno del Derecho constituyente la doctrina de si un testamento menos solemne es justo que derogue otro hecho [con toda clase de solemnidades. Lo cierto es que dentro de nuestro Código esa discusión huelga, como huelga la pregunta de si un testamento nulo revocará el anterior hecho en condiciones de validez ó viceversa. No así son

opone Rogron con relación al ar-
porque en éste ya se expresa que
evocados en todo ó en parte, más
, ó por un acto ante Notario, com-
ambio de voluntad.

lib. II de las Instituciones Justinia-
estador no basta para invalidar
de tal modo que si alguno, des-
testamento, ha principiado otro
abar, ya porque la muerte le ha
donado este proyecto, se ha deci-
del divino Pertinax que el primer
no se hiciese inútil, á menos que
gular y perfecto, y porque un
isputa nulo. (

ento no puede revocarse más que
ontramos también muy repetido
al Supremo anterior al Código.
o de 1861, 5 de Marzo y 18 de Ju-
, exponen que por la declaración
mento con los mismos requisitos
de las últimas voluntades, ex-
r y anular un testamento ante-
testamento posterior válidamente
anterior con arreglo á las leyes,
declaración de los Tribunales.

estros país la doctrina del Código
3.825, conforme con el de Nueva
la revocación de un testamento
r persona que no tiene su domici-
lo ha sido ejecutada según la ley
fué hecho, ó según la ley del lu-
ese tiempo su domicilio, y si es
es ejecutada según las disposi-
digos. En efecto: la materia de
á la solemnidad de las volunta-
regirse por los principios del es-

Según se desprende del articulado de la presente *Sección* en que nos encontramos, hay modos expresos y tácitos ó presuntos de revocar un testamento anterior. El art. 739 parece referirse á los expresos, si bien el otorgamiento posterior, sin ninguna declaración concreta respecto al referido particular, envuelve simplemente el hecho de la *revocatio*. La forma verdaderamente expresa es la de manifestar el testador que su voluntad deliberada es la de dejar sin efecto su anterior testamento, ya en todas sus cláusulas, ya en las determinadas que cite.

Las dos declaraciones restantes contenidas en el art. 739 las consideramos, como vulgarmente se dice, de *calamo currente*, y, por tanto, merecen bien breve explicación. Si el testador manifiesta en el testamento posterior que quiere valga en todas sus partes el anteriormente otorgado, es evidente que el objeto del primero no era obtener una revocación, sino ampliar, aclarar, ordenar quizá lo que ya se tenía dispuesto: Y como la voluntad testamentaria puede darse á conocer cuantas veces se quiera y en la forma que á su autor más le convenga, ambos testamentos referidos serán completamente compatibles y dignos del mismo respeto y eficacia. Si, á pesar del mencionado dicho del testador, resultase contradicción entre ambos testamentos, como las reglas de interpretación, en caso de duda, aconsejan que se observe lo más conforme á la intención del testador, y como éste no puede en modo alguno destruir el principio de revocabilidad de las últimas voluntades, prevalecerá siempre el hecho de la realidad, ó sea la verdadera revocación que resulte del testamento postrero con respecto á lo declarado en el anterior.

Asimismo, si el testador convalida en un testamento el que había anulado anteriormente, obra dentro de sus atribuciones y de las facultades que le conceden, tanto el Derecho natural como el positivo. La voluntad del que testa prevalece siempre; y, sin otras restricciones que las que son de esencia de la institución testamentaria, puede estatuir lo que tenga á bien, sin pararse, como vemos, ante la consideración de que un testamento revocado parece que no debe volver á surtir ningún efecto. A tanto llegan los límites y prerrogativas de la voluntad en orden á la testamentifacción: á resucitar ese cadáver producido por el mismo testador.

Con arreglo á lo anteriormente expuesto, no creemos que

haya inconveniente en aplicar al Derecho español la p del Código francés (art. 1.036), según la cual, los t posteriores, que no revoquen de una manera expresa los tes, no anularán en éstos más que aquellas disposiciones incompatibles con las nuevas, ó que sean contrarias. La voluntad del testador, regla primordial en materia taría, no indica en tal caso la incompatibilidad de esas mas voluntades, sino, por el contrario, proporciona m ercer que pueden conciliarse perfectamente. Rogro ejemplo de incompatibilidad de dos testamentos he versos tiempos, en que el uno implica la derogación, menos, del otro, legando el testador á Pedro una casa había legado á Pablo.

La jurisprudencia francesa tiene declarado que c testador nombra un ejecutor testamentario y le lega c no queda por ello revocada la institución universal había hecho en favor de la misma persona, porque es nombrar por albacea al legatario universal, y la liber va aneja á este mismo título puede no añadir nada á del legado, lo que depende del estado de fortuna en c encuentre el testador el día de su muerte; y en todo c nuevo título, que tiene por objeto asegurar el cumpli las últimas voluntades, no comprende en sí mismo la revocación. Por esto se resuelve en otros fallos que l de saber si las disposiciones son incompatibles es un de intención y de hecho que pertenece á los Tribun verla soberanamente y que desde entonces no puede e tida á la Corte de Casación.

El Código portugués (párrafo 2.º del art. 1.756) di si apareciesen dos testamentos de la misma fecha, sin señalarse cuál sea posterior, y estuviesen en contrac tendrán en ambos por no escritas las disposiciones torias.

Es indudable que si un testamento anterior perfec cado por otro posterior privilegiado, como el otorgado de peste, de peligro de muerte ó alguno de los milita timos, y se deja pasar el tiempo concedido á los últi para ser formalizados judicial ó extrajudicialmente, bi riendo el testador, para ser confirmados con arreglo á

nidades ordinarias, tal revocación queda sin efecto y revive el primer testamento, porque el revocatorio ha sido convertido en nulo, caducando desde que se dejó transcurrir el referido plazo.

En las legislaciones forales citadas en el anterior comentario rigen los mismos principios que venimos explicando. En el Derecho aragonés, además, según algunas decisiones y pareceres de autores, se presume que el testador, gravemente enfermo, no ha querido revocar el testamento hecho en su sano juicio; tampoco se presume espontánea, esto es, nacida de la voluntad del testador, la disposición opuesta á otra otorgada poco antes; el primer testamento hecho en estado de sano juicio prevalece sobre el segundo hecho en intervalos lúcidos.

Del silencio observado por el legislador en los artículos que comentamos se deduce que tampoco tienen ya razón de ser las varias excepciones que los autores y la legislación precedente oponían al principio de que el testamento posterior deroga al anterior. En primer lugar, habiendo error en la designación del heredero, como suponía el Código de las Partidas, ó en la circunstancias de si ha muerto, para fundar en ella la revocación, no por eso dejará esta última de extender su efecto á lo restante dispuesto por el testador con anterioridad. Lo que podrá producir dicha circunstancia de error, es la subsistencia ó nulidad de la institución de heredero primeramente hecha á los efectos del artículo 773, pero no la del testamento posterior.

Tampoco puede considerarse obstáculo á la revocación el que en el primer testamento haya nombrado el testador herederos á sus hijos, y en los posteriores testamentos para nada los mencione. Si ambas disposiciones fueran compatibles, interpretando rectamente sus cláusulas y haciendo prevalecer siempre la intención de dicho testador, unas y otras se respetarán; en otro caso, subsistirá lo último dispuesto en lo que fuere posible y legalmente realizable, y en lo demás se abrirá la sucesión *ab-intestato*. Téngase siempre presente que, según el art. 764 del Código, el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero, ó ésta no comprenda la totalidad de los bienes, aunque el nombrado no acepte herencia ó sea incapaz de heredar: En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias hechas con arreglo á las leyes, y el remanente de los bienes pasará á los herederos legítimos.

En el Derecho civil la doc-
Código de la República Ar-
to hecho por persona que
vocado desde que contraiga
nye el art. 814 de nuestro
ó de todos los herederos
al otorgarse el testamento,
el testador, anulará la ins-
las mandas y mejoras en
ción del viudo ó viuda no
o conservará los derechos
836 y 837 del Código. Di-
e México, que el testamento
estado del testador, ni por
n este caso, podrán ejercer
ma les correspondan.

lo, acabado, válido, que se
de serlo en cuanto á las so-
do él, sin que importe que
peciales, nulas ó ineficaces.
ción general de los Registros
ores no pueden denegar la
habérseles presentado otro
ncia ó revocación del pri-
de la ley Hipotecaria y del
1885, porque el registrador
umentos por lo que de ellos
la exhibición de todos los
te, porque á los interesados
incumbe deducir su derecho
le hacer prevalecer otra vo-
a y ya derogada.

roducirá su efecto aun-
que por incapacidad del
él nombrados, ó por re-

Concordancias.—Igual al art. 718 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Véanse los de los artículos anteriores.*

ART. 741. El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo.

Concordancias.—Igual en su primera parte al art. 919 del proyecto de Código de 1882.

PRECEDENTES LEGALES.—*Ninguno.*

COMENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 740 Y 741.—Con las últimas observaciones apuntadas al final del comentario anterior tendríamos lo suficiente para explicar la disposición del art. 740, justificado además por su mismo contexto.

De cualquier manera que conste, podríamos decir, parodiando el principio esencial en la prueba de obligaciones, el cambio en la voluntad del testador debe respetarse y cumplirse: Y mientras el instrumento de que aparezca esa modificación no envuelva vicio de nulidad que le afecte íntegramente, basta para conseguir tal revocación.

Lo que nos sorprende es el *lapsus* cometido por el legislador al redactar dicho art. 740, cuando supone que un testamento puede caducar por la incapacidad del heredero ó de los legatarios en él nombrados, ó aun por renuncia de aquél ó de éstos. Tenemos repetido con exceso que la no existencia de institución de heredero, ó su ineficacia y anulación posterior, como la de los distintos legados que haya dispuesto el testador, producirán á lo sumo la nulidad de aquélla ó de éstos, pero nada más; lo restante del testamento se cumplirá, siendo posible, aplicándose cuando corresponda las reglas de la sucesión intestada. De otro modo, ¿cómo conciliar los artículos 740 y 764 del presente Código? La intención del legislador, en el primero de dichos artículos, debe presumirse que fué la de que el testamento posterior derogase el

ese caducado ó héchose nula la sucesión, por cualquier motivo, el testador.

En nuestro art. 740 pocas ampliaciones más bien son demostrativas, el legislador en dicho precepto es muy restrictiva en el último testamento, en la cláusula subsistente alguna de las cláusulas especiales acordadas por el testador, que haya producido dicha ineficacia, que el heredero voluntario que sea incapaz de heredar y el que renuncie a ningún derecho á sus herederos incapaces, cuando éstos dejaren de existir ellos adquirirán derecho á la sucesión ó á los hijos del desheredado, cuando no existieren, serán los derechos de herederos de la sucesión, el art. 888 dispone que cuando el testador no admite el legado, ó éste, por ser incompatible se refundirá en la masa de la sucesión y derecho de acrecer. En las de la sucesión *ab-intestato*, en la cláusula, otorgada por virtud de esas cláusulas.

valece aunque el primer testamento no la contenga el posterior en éste no se da la herencia al testador. Así opinan muy es-
tados de ese Derecho foral.

viendo que había muerto el heredero, lo consignase así en el testamento, resultando que vive el primer testamento, primera voluntad.

jurisprudencia francesa, que la cláusula aunque el testamento que la contiene una sustitución prohibida puede darse que es perfecta-

Establece el art. 741 un efecto negativo de la revocación, de interés y transcendencia extraordinarios, y sin precedentes en nuestra legislación antigua. El proyecto de 1882 lo aceptó tal como venía consignado en el art. 3.667 del Código de Méjico.

Como dice el Sr. Navarro Amandi (*Questionario del Código civil reformado*), el reconocimiento de un hijo no es expresión de la voluntad del que lo otorgó, sino confesión ó manifestación de un hecho; una vez probado éste, por declaración del padre, la voluntad es impotente para que lo que ha sido deje de ser; de suerte que la revocación del testamento, aunque se haga de un modo especial, no puede afectar al hecho ni á las consecuencias jurídicas del mismo, debidamente probado.

El legislador ha mirado con benevolencia y favorecido, dentro de límites de justicia, problema tan delicado como es el de la filiación ilegítima, y no ha hecho mal, con ese motivo, en señalar una excepción, una cortapisa al principio de la revocabilidad testamentaria.

En el artículo que comentamos no nos parece, como algunos comentaristas creen, que esté indebidamente empleada la frase *hijo ilegítimo*. La que juzgamos más impropia es la palabra *reconocimiento*. Ya sabemos que los hijos pueden ser legítimos ó ilegítimos, tomando esta última idea en su acepción lata, es decir, considerando ilegítimos á todos los que no hayan sido procreados por virtud de justas nupcias, y refiriéndonos tanto á los naturales como á los adulterinos, incestuosos y sacrílegos. La ilegitimidad también puede aplicarse, como en efecto se aplica, á los ilegítimos que no son naturales. De suerte que, en tal sentido, puede establecerse una división y una subdivisión, distinguiendo primeramente entre hijos legítimos é ilegítimos, y subdividiendo éstos en naturales é ilegítimos propiamente dichos.

Sólo los hijos naturales, ó sea los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa ó con ella (art. 119 del Código) pueden ser reconocidos para los efectos de llevar el apellido de quien le reconoce, recibir alimentos del mismo y percibir la porción hereditaria correspondiente.

Pero la calidad de hijo ilegítimo, en el sentido restringido de esta palabra, es decir, la de todo el que no sea legítimo ó natural, también necesita acreditarse y reconocerse, porque tales hijos,

ONE

sus
sist
ia p
o p
ite c
2.º,
re c
um
e re
nen

ijo l
o el
del
nec
dad
n n
olea
rope
is, l

tes
echo
n c
ir si
e, tr
rmi
ne j
espe
de s
sin c
que
er n
inc
omo
l re
nq
haya
leme

dada en principios de lógica jurídica, ha tenido que desaparecer en el Código, para que no resultasen en contradicción el citado artículo 741, si se hubiere redactado en esa forma, el 131, que no distingue la clase de testamento en que puede hacerse el reconocimiento de un hijo natural, y el párrafo segundo del 140 respecto á los demás hijos ilegítimos. Se trata de una manifestación del padre ó madre, que por sí sola produce efectos trascendentes respecto á ellos y á los hijos, y es natural que tenga los mismos caracteres de solemnidad, hecha en un testamento abierto, que en un ológrafo cerrado ó excepcional.

Si el reconocimiento se hace en un testamento en que intervenga Notario, éste ha de ponerlo, después de la muerte del testador, en conocimiento del Juez municipal en cuyo registro se halle inscrito el nacimiento del interesado, ó de la Dirección general, en su caso, para que hagan la correspondiente anotación marginal, remitiéndoles testimonio en relación del testamento (artículo 61 de la ley del Registro civil de 17 de Junio de 1870). Dicha Autoridad acusará de ese testimonio inmediatamente el oportuno recibo, bajo multa, tanto al Notario como al Juez municipal, si no cumplen con esas obligaciones, de 10 á 100 pesetas.

Estamos de acuerdo con la opinión del Sr. López R. Gómez en su obra ya varias veces citada, al señalar otra excepción á la validez del reconocimiento de un hijo natural hecha en un testamento, aun tratándose de una simple manifestación del padre ó madre respectivos. Si dicho testamento llegara á declararse nulo en su totalidad, el reconocimiento asimismo se anularía, porque el art. 131 exige que aquél se haga, entre otros casos, en un testamento, y no puede merecer los honores de éste el documento cuya ineficacia total se declarase.

No opinamos del propio modo tratándose del reconocimiento de los demás hijos ilegítimos, porque el art. 141 habla de documento indubitado, y el testamento, en algunos casos, aun anulado por determinados motivos que no afectan á la identidad de la firma ó suscripción del testador, ni á la espontaneidad y sinceridad de sus declaraciones testamentarias, puede conservar los caracteres de un documento indubitado para los efectos de un acto cuya validez se funda sobre el simple dicho del que ha de hacer el reconocimiento. Por muy análogos principios, el art. 715 declara que, anulado un testamento cerrado, será válido, sin

I—DE LAS SUCESIONES

lógrafo, si todo él estuviere esc
uviere las demás condiciones prop

ne revocado el testamento
l domicilio del testador con
os quebrantados, ó borrar
las firmas que lo autoricen.
1, sin embargo, válido cuan
lo el desperfecto sin volunt
tador, ó hallándose éste en
si aparecieren rota la cubie
3, será necesario probar aden
mento para su validez.

encontrare en poder de o
ne el vicio procede de ella y
no se pruebe su autenticida
ierta ó quebrantados los sell
llaren íntegros, pero con
as ó enmendadas, será vál
se justifique haber sido ent
orma por el mismo testador.

ro al art. 920 del proyecto de Cód

ES.—*Partida 6.ª, tit. I, ley 24.*—Q
zador del testamento alguno de
o ouiesse fecho su testamento en
las cuerdas, o rayando las señ
a el Escriuano público, o rompi
to por ello. Pero si fuesse prou
redichas aniuiesse en la carta

testamento por ocassion, e que non fuesse fecho a sabiendas, non se embargaria el testamento porende.

COMENTARIO.—Aparece á todas luces innegable que el hecho de destruir el testador el pliego testamentario manifiesta á las claras el propósito de aquél de revocar ó de dejar sin efecto su última voluntad. Así lo hubo de entender ya la legislación romana, disponiendo la *Constitución 30, lib. VI, tit. XXIII del Codex* que el testamento se rompía también por la inutilización material del instrumento en que estaba contenido, aunque de este modo quedaba sólo sin efecto la parte del testamento que se inutilizase ó borrarse.

Pero no es precisamente de eso de lo que trata el artículo transcrito 742; el cual más bien se refiere al caso de quebrantamiento, inutilización ó ruptura del testamento secreto ó del raspado, enmienda y destrucción de las firmas que lo autoricen, cuando á primera vista nó se pueda averiguar quién ó quiénes llevaron á cabo tales actos.

Por eso lo que en tal precepto se establece es una presunción de las llamadas en el Derecho *iuris tantum*, ó sea de aquellas introducidas por la ley, que, según el art. 1.251 del Código, pueden destruirse por la prueba en contrario.

Es decir: el hecho de que aparezca en el domicilio del testador el testamento con la cubierta rota ó los sellos quebrantados, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que la autoricen, no arguye siempre la revocación de dicha última voluntad; este extremo se presume simplemente, porque sobre ese hecho material puede prevalecer la justificación de que tales desperfectos se cometieron sin propósito ni conocimiento del testador; y como la voluntad de éste es la que siempre ha de predominar, el testamento será perfectamente válido, siempre, como es natural, que la destrucción, la rotura, la modificación de la escritura que lo expresa, permitan conocer el contexto de las distintas cláusulas testamentarias.

También será inválida la revocación cuando el testador se hallare en estado de demencia, porque aunque fuera autor de los desperfectos, como á la sazón carecía de capacidad para testar, no podría ejecutarlos con eficacia para lograr la revocación del testamento.

cero sin orden del testador, no influyen en el contenido del acto, si pueden conocerse exactamente las disposiciones que contenga.

Hallándose el testamento en el domicilio del testador, la primera presunción, la verdad legal provisional, es la de que dicho testamento debe entenderse revocado cuando su cubierta ó sellos se encuentren quebrantados, ó raspadas ó enmendadas las firmas: A los que impugnen la revocación, fundados en las excepciones que determina el párrafo segundo del art. 740, les incumbe la prueba de que el testador no tuvo parte alguna en tales hechos, ó que los realizó en un período de demencia acreditada.

Probados estos dos últimos extremos, hay que justificar un tercero, pero sólo cuando aparecieren rota la cubierta ó quebrantados los sellos; es preciso demostrar la autenticidad del testamento, porque, como en el cerrado, los requisitos de su envoltura, cierre y fijación de sellos son parte integrante del solemne acto del otorgamiento y constituyen verdaderas garantías de esa forma de testar, se hace necesario practicar una especie de información suplementaria que hasta cierto punto subsane los desperfectos observados en el pliego testamentario, partiendo siempre del supuesto de que aquellos que se noten en el contenido de dicho pliego no impidan conocer la disposición que á solas otorgó el testador.

El precepto que estudiamos admite al parecer el sentido del artículo 1.943 del Código portugués, según el cual, si el testamento se hallase roto ó hecho pedazos, se tendrá por no escrito, aunque se puedan unir los fragmentos y leer la disposición, excepto cuando se probase que esto sucedió después de la muerte del testador ó que lo llevó á cabo en estado de demencia.

El testamento cerrado, como ya sabemos, puede entregarlo el testador para su custodia á una tercera persona. En tal supuesto, si al fallecimiento del otorgante apareciese su testamento con la cubierta rota ó los sellos quebrantados en poder de esa tercera persona, el Código con mucha lógica le atribuye la responsabilidad de los vicios ó desperfectos del pliego testamentario y su cubierta.

Mas como no es lícito presumir que la causa determinante de dichas fracturas haya sido la voluntad del testador expresada en ese sentido, de aquí que la revocación no se produzca *ipso iure*, sino que por el contrario se trueque en presunción *iuris tantum*

subsistente tan sólo mientras no se pruebe la autenticidad del testamento.

Por esto, asimismo declara el art. 1.941 del Código de Portugal que el vicio se entenderá que procede de la persona á cuyo cuidado estuviere encomendado el testamento, mientras que otra cosa no se probase. De lo cual deducimos que si se demostrara que fué una tercera persona distinta de la depositaria del testamento la que hubiere cometido alguno de los actos diversos que describe nuestro art. 742, se seguiría el mismo procedimiento regulado en dicho apartado último de ese precepto, y en uno y en otro caso, esas personas incurrirían en la responsabilidad que marca el último párrafo del art. 713, según el cual, los que ocultasen, rompieran ó inutilizasen de otro modo el testamento cerrado, perderán todo derecho á la herencia, si lo tuvieren, como herederos *ab-intestato* ó como herederos ó legatarios por testamento.

Pueden hallarse borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que autoricen el testamento, á pesar de lo cual, éste será válido, siempre que no llegara á probarse que en ese estado fué entregado el pliego por el testador, porque entonces es lícito suponer que él mismo fué el causante de tales desperfectos. Nos referimos á las firmas de la carpeta del testamento, las cuales, si aparecen desvirtuadas por raspaduras, enmiendas ó inutilizaciones, son prueba evidente de que el testador, conociendo la eficacia de los requisitos y garantías que dichas firmas suponen, quiso destruir por ese medio la última voluntad encerrada en la carpeta. También en este caso creemos pertinente la excepción cuando el testador hubiere realizado posteriormente esos actos en estado de demencia.

Lo que nos extraña es que, hallándose íntegros los sellos y la cubierta, pero borradas, raspadas ó enmendadas las firmas, aunque el testador no hubiere entregado el pliego en esa forma, no exija el legislador que se acredite la autenticidad del testamento, sobre todo cuando dichas firmas hayan sido borradas: Porque si éstas no se conocen, se desconocerá asimismo si realmente intervinieron en el acto del otorgamiento el testador, Notario y testigos necesarios, tratándose de solemnidades que tan sustancialmente afectan á la forma cerrada de testar. Más natural sería decretar, en el referido supuesto, la validez del testamento, siem-

pre que se llegara á justificar que dichas personas estuvieron presentes y autorizaron el expresado otorgamiento y estamparon sobre el pliego testamentario las firmas, que después fueron borradas. El párrafo último del art. 742 prescinde de ese trámite, cuya omisión ha de dar lugar seguramente á peligros y graves consecuencias, porque parece darse á entender que no es muy esencial y necesario el requisito de que suscriban el acta de otorgamiento el Notario, testador y testigos, cuando en ciertos casos puede prescindirse de esa suscripción en la carpeta del testamento.

Objeto de empeñada discusión fué el art. 742 tal como apareció redactado en la primera edición del Código: Decía así: «Será ineficaz y quedará sin efecto el testamento cerrado, siempre que se hayan quebrantado los sellos y abierto la cubierta, ó estén borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que la autoricen, excepto cuando se pruebe que esto sucedió después de la muerte del testador ó que éste lo verificó en estado de demencia. Se entenderá que el vicio procede de la persona encargada de guardar el testamento, mientras no se pruebe lo contrario.» Esta redacción daba á entender que el simple hecho de la inutilización del testamento ó de la alteración de sus firmas implicaba ya desde luego y *a priori* su ineficacia ó revocación, lo cual pugna con la ciertísima observación anteriormente alegada de que lo más que puede hacer en esos casos el legislador es establecer una presunción *iuris tantum*, dada la dificultad de apreciar de parte de quién está la responsabilidad.

Por otra parte, aseguraba el juriscónsulto Sr. Comas, discutiendo en el Senado español el Código, que en el momento en que aparezca la más pequeña insinuación en la envoltura del testamento, desde ese instante la última voluntad se resuelve, no hay contenido, y la forma de tal modo se impone á la materia, que no hay materia posible; á lo que replicaba el Sr. Romero Girón que eso sería aplicable al caso en que dichos actos procediesen de la voluntad del testador; pero ante un accidente extraordinario, contra la invasión de un tercero, interesado ó no en cometer ese atentado después de la muerte del otorgante, cuando ya naturalmente no hay posibilidad de que su voluntad pueda cambiar, no era posible echar abajo, por esa cuestión de mera formalidad, toda la materia gravísima de la sucesión, determinada por un testamento cerrado.

debe tratar
para deducir
a su anterior
ho de la des-
, meramente
principal de
a falta de lo
que verdade-
amientos.

ciones, el ar-
có dando, no
sino distin-
que el testa-
en poder de
ables ni irre-
an más acer-
tades que se

742, que si la
interior en el
a cerrada de
ser que, pu-
es hechos se
ste en estado
7 verosímil el
a disposición
ineficacia, y
ante Notario
bado este ex-
sobre el se-
El art. 742 no
e sólo éste or-

na referencia
m Pero ante
otura de los
implica así-
pongan más
ulo? Esto no

ener lugar tratándose de los testamentos abiertos, más aquéllos en que no interviene Notario, porque en los de esta la correspondiente matriz en el archivo de aquél.

Código de la República Argentina, en su art. 3.833, dispone la cancelación ó destrucción de un testamento ológrafo por el mismo testador ó por otra persona de su orden, imputando la revocación cuando no existe sino un solo testamento; si fuesen varios, el testamento no queda revocado si no se hubiesen destruido ó cancelado todos sus ori-

contra de lo que expresa un celebrado comentarista del Código, opinamos que si el testamento cerrado llegara á anularse por efecto de uno de los vicios que expresa el art. 742, y siempre que el testador no sea el responsable de los mismos, valdrá como testamento ológrafo, si reúne todos los requisitos que para éste exige el Código. Tal sucedería, por ejemplo, en el caso de que se rompiera la cubierta ó quebrantado los sellos del testamento, sin que se pudiera probar la autenticidad de la carpeta testamentaria, por no existir ya el Notario y los testigos que la presenciaron en el acto del otorgamiento, ni medios supletorios para probar la autenticidad. Esto implicaría su ineficacia, pero no su revocación, sobre todo acreditándose la capacidad del testador en tales hechos y aun en el de borrar, ó enmendar las firmas que lo autoricen, siempre que no se destruya la que suscribe el verdadero testamento encerrado en la carpeta. Luego, si dicha ineficacia se produce, entrará de lleno en vigencia el art. 715.

La identidad del testamento ológrafo puede luego demostrarse y aun resultar acreditada debidamente por los trámites establecidos en los artículos 691 y 693 del Código; y si eso sucede, sería un absurdo declarar intestada á una persona, cuando sumamente puede considerársela muerta con testamento, por efecto de un precepto muy justificado del mismo Código.

En el Derecho aragonés también vale el testamento anterior si el testador inutilizase el posterior ó lo recogiese de poder ajeno, aunque aconseja algún autor que entonces deberá atenderse á las circunstancias de cada caso.

aducarán los testamentos, ó serán in-
ó en parte las disposiciones testamenta-
casos expresamente prevenidos en este

...—Copiado literalmente del art. 721 del pro-
1882.

S LEGALES.—*Ninguno.*

El precepto transcrito anuncia el principio de
es testamentarias caducarán total ó parcial-
casos expresamente prevenidos en el Código,
el objeto, según creemos, de dar á entender
n materia tan delicada y transcendental no
de analogía ni de interpretación extensiva.
eficacia de los testamentos únicamente proce-
n artículo del presente Código taxativamente
nico, pues, que quedará como misión del par-
bunales, es ver si se han dado en la realidad
que el precepto respectivo exija para que di-
nificación se impongan.

sado en el prólogo de la presente *Sección* la
del termino «*nulidad*», y su diferencia del de
nitaremos, por tanto, en este comentario á
os casos á que alude nuestro art. 743, los
en desperdigados por el Código.

nulos los testamentos otorgados por un loco
catorce años. Estos son los casos de nulidad
importantes, porque afectan á materia tan inte-
de la capacidad para testar, de la cual parten
actos de las últimas voluntades.

, asimismo nulos los testamentos mancomu-
nario, otorgados después de 1.º de Mayo
en cualquier tiempo aparezcan hechos con vio-
de.

Las diversas formas de testar que hemos examinado bajo los nombres de testamento ológrafo, abierto y cerrado, quedarán anuladas si, conforme á los artículos 687, 705 y 715, se infringieran los correspondientes preceptos que señalan las llamadas solemnidades externas, á no ser de aquellas que, según hemos dicho en los respectivos comentarios, de acuerdo con la jurisprudencia, el mismo espíritu del Código y una interpretación prudente, nunca deben llevar consigo consecuencias tan trascendentales como la anulación de todo un testamento, por omisiones quizá de insignificante entidad. Lo propio decimos respecto á los testamentos militar, marítimo y hecho en país extranjero.

No podemos creer que están afectos á un vicio de nulidad los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte, en caso de epidemia, los que en tiempo de guerra otorguen en campaña los militares, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército, ó que sigan á éste, los que las mismas personas dicten durante una batalla, asalto, combate y, generalmente, en todo peligro próximo de acción de guerra, los abiertos y cerrados otorgados por los que durante un viaje marítimo vayan á bordo de cualquiera embarcación, y, en general, todos los excepcionales, si en los plazos respectivamente señalados en los preceptos que regulan esas formas de testar, no se elevan á escritura pública y se protocolizan según la ley de Enjuiciamiento civil, por los trámites de la jurisdicción voluntaria.

El testamento fué válido en un principio, porque su otorgamiento se atuvo á los preceptos del Código; pero después hubieron de invalidarle las omisiones de requisitos que constituyen asimismo solemnidades de carácter ineludible. Es verdad que en ese caso se producen los mismos efectos que si existiera un vicio de nulidad que atacase esencialmente la institución testamentaria, porque se supone que dichos testamentos no han existido legalmente nunca, y, por tanto, no han dado lugar á efecto jurídico alguno en ningún tiempo.

Llevarán, sí, envuelto un caso de revocación tácita, más bien que de nulidad ó de caducidad, aquellos testamentos que el testador dejase de confirmar por medio de las formas ordinarias de testar, dejando pasar dos meses desde que haya salido del peligro de muerte ó cesado la epidemia, cuatro meses desde que haya abandonado el estado de campaña, ó salido del peligro

guerra, y los mismos cuatro meses desde un punto donde pudiese testar en la forma de dejar transcurrir esos términos sin modificación del testamento hecho en perentorias, da tácitamente á entender que revoca el testamento provisional hasta entonces. El legislador es escrupuloso en el empleo de una terminología científica. Indistintamente usa de los vocablos «ineficacia», «anulación», «revocación», etc., y otros muy diversos, en el orden de las rela-

se lo mismo á los motivos de ineficacia total
 ue á los que sólo anulan éstos en parte, ó sea
 sivamente á determinadas cláusulas testa-
 ora venimos refiriéndonos á los primeros,
 son únicamente los que se refieren á testa-
 y á las solemnidades externas.

mo ejemplos de nulidad parcial los siguientes, como sabemos, del supuesto de que ni la institución de heredero, ni la del legado, ni aun unas particulares del testamento afectan a lo más mínimo.

stitución de heredero hecha á favor de un
lico bajo condición ó imponiéndole un grava-
no la aprueba, y la hecha en favor de persona
e por algún evento pueda resultar cierta (ar-
Código).

producirán efecto las disposiciones testamentarias del testador durante su última enfermedad en que en ella le hubiere confesado, de los parientes del cuarto grado, ó de su iglesia, cabildillo; las que el pupilo haga en favor de su esposa aprobado la cuenta definitiva de éste, fuera después de su aprobación; todas aquellas en favor del Notario que autorice el testador su esposa, parientes ó afines del mismo modo, con la excepción de que se trate de algún inmueble ó cantidad de poca importancia con respecto al patrimonio, cuya regla general se aplicará igualmente.

mente á los testigos del testamento abierto hecho con ó sin Notario y á los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales; y las disposiciones ordenadas en favor de un incapaz, aunque se las disfrace bajo la forma de contrato oneroso, ó se hagan á nombre de persona interpuesta (artículos 752, 753, 754 y 755).

Serán ineficaces: la institución de heredero cuando concorra error en el nombre, apellidos ó cualidades de aquél, y no pueda saberse ciertamente quién sea la persona nombrada (art. 733), y las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita á un tercero el todo ó parte de la herencia, siempre que pasen del segundo grado ó se hagan en favor de personas que no vivan al tiempo del fallecimiento del testador, así como también los llamamientos que no sean expresos en dicha clase de sustituciones (artículos 781 y 783). Tampoco surtirán efecto aquéllas cuando no se hagan de un modo expreso, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes á un segundo heredero, las que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del segundo grado; las que impongan al heredero el encargo de pagar á varias personas sucesivamente más allá del segundo grado cierta renta ó pensión y las que tengan por objeto dejar á una persona el todo ó parte de los bienes hereditarios, para que los aplique ó invierta según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador (art. 785).

Incurrirá en vicio de nulidad la disposición testamentaria otorgada bajo condición de que el heredero ó legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador ó de otra persona (art. 794).

Anulará la institución de heredero, la preterición de alguno ó de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, ó sea que nazcan después de muerto el testador, á no ser que dichos herederos mueran antes que éste (artículo 814), siendo además nula toda renuncia ó transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos (art. 816).

Se reputa asimismo nula la disposición del testador contraria á la promesa de mejorar ó no mejorar, hecha en escritura de capitulaciones matrimoniales (art. 826, § 2.º).

interesados en esas últimas voluntades, ó los representantes legales de aquellos que sean menores ó incapaces, son los que únicamente tienen personalidad legítima para entablar esa clase de reclamaciones y conseguir esos efectos, siempre transcendentales en el Derecho.

DE ÚNICO

I

de civil, libro II, tít. X.
testamentarias.

PRIMERA

reglas generales.

testamentaria podrá ser voluntario ó
necesario cuando lo promoviere parte legítima

legítima para promoverlo:
en los casos siguientes.

a.
En los casos de parte alícuota del caudal,
cuando el acreedor presente un título escrito
en su crédito.

En los casos de legatarios de parte
alícuota voluntario de testamento
no prohibido expresamente.

En los casos de promoverlo los acreedores:
cuando su crédito con hipoteca volun-
taria.

En los casos de herederos les dieran fianza bas-
tante independiente de los bienes.

En los casos de testamento en los
cuales el juez lo declare de oficio. Estos casos serán:

1.º Cuando todos ó algunos de los herederos estén ausentes y no tengan representante legítimo en el lugar del juicio.

2.º Cuando los herederos ó cualquiera de ellos sean menores ó estén incapacitados, á no ser que estén representados por sus padres.

Art. 1.042. En estos casos, cualquiera de los Jueces expresados en la regla 5.ª del art. 63 prevendrá el juicio, practicando las diligencias indicadas en dicha regla y en el art. 959.

Art. 1.043. En el caso 1.º del art. 1.041, luego que comparezcan los parientes por sí ó por medio de representante legítimo, se les hará entrega de los bienes y efectos pertenecientes al finado, cesando la intervención judicial, á no ser que la solicitare alguno de los que sean parte legítima para promover el juicio voluntario.

Art. 1.044. Aunque sean menores ó estén incapacitados los herederos, no se podrá prevenir el juicio necesario de testamentaria cuando el testador lo haya prohibido expresamente.

Si se hubieren incoado las diligencias preventivas á que se refiere el art. 1.042, se sobreseera en ellas luego que con la copia del testamento se acredite dicha prohibición.

Art. 1.045. Cuando el testador haya prohibido la intervención judicial en su testamentaria, para que esta prohibición produzca los efectos expresados en el artículo anterior y en el 1.039, será necesario que aquél haya nombrado una ó más personas, facultándolas para que, con el carácter de albaceas, contadores ó cualquiera otro, practiquen extrajudicialmente todas las operaciones de la testamentaria.

Art. 1.046. Si el testador hubiere establecido reglas distintas de las ordenadas en esta ley para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, los herederos voluntarios y los legatarios deberán respetarlas y sujetarse á ellas.

Lo mismo deberán hacer los herederos forzosos, siempre que no resulten perjudicados ó gravados en sus legítimas.

Art. 1.047. En cualquier estado del juicio voluntario de testamentaria podrán los interesados separarse de su seguimiento y adoptar los acuerdos que estimen convenientes.

Para este efecto se considerarán como interesados, además de los herederos y legatarios, los acreedores que hubieren promovido el juicio y el cónyuge sobreviviente.

erdo, deberá el Juez sobre-
posición de los herederos.

después de haber practi-
epósito de los bienes con-
podrán también los intere-
ra hacer extrajudicialmente
taría.

os bienes á disposición de
adas las particiones.

ticiones de herencia hechas
sido por contadores nom-
tarse á la aprobación judi-
como heredero ó legatario
citado ó ausente cuyo pa-

robación se observarán los
1.077 y siguientes.

posiciones de este artículo
por los mismos testadores,
n judicial.

citados ó ausentes les que-
ceden las leyes, además de
ciones de este título.

testamentaria para que los
el derecho de deliberar, ó

r el término legal para de-
rencia á beneficio de inven-

que fuere el inventario, el
anifesto para que puedan

■ ■

rán ser declaradas en con-
e casos en que así proceda
en, se sujetarán á los pro-

SECCIÓN SEGUNDA

Del juicio voluntario de testamentaria.

Art. 1.054. El que promueva el juicio voluntario de testamentaria deberá presentar el certificado de defunción de la persona de cuya sucesión se trate, y no siendo esto posible, otro documento ó prueba que la acredite, y el testamento del finado.

Art. 1.055. Siendo parte legítima quien lo pida, y cumplidos los requisitos expresados en el artículo anterior, mandará el Juez que se ratifique en la solicitud deducida á su nombre.

Hecha esta ratificación, el Juez habrá por prevenido el juicio, mandando citar para él en forma á los herederos, á los legatarios de parte alícuota y al cónyuge sobreviviente, si los hubiere, y en su caso á los acreedores que hayan promovido el juicio.

Art. 1.056. Si hubiere herederos ó legatarios de los antedichos que por ser menores ó incapacitados tengan tutor ó curador, se entenderá con éstos la citación para el juicio.

Si no lo tuvieren se les nombrará ó se hará que lo nombren con arreglo á derecho, á no ser que se hallen representados por sus padres.

Art. 1.057. Cuando el tutor, curador, padre ó madre tengan en la herencia un interés incompatible con el del menor ó incapacitado á quien representen, se proveerá á éste, con arreglo á derecho, de un curador especial para el juicio, cuya intervención se limitará á los actos en que exista dicha incompatibilidad.

Art. 1.058. A los herederos y demás interesados ausentes, que tengan residencia conocida, se les citará personalmente.

A los que no la tengan se les llamará por edictos que se fijarán en los sitios públicos é insertarán en los diarios oficiales del pueblo del juicio, si los hubiere, y en el *Boletín de la provincia*; y si el Juez lo estimare necesario, atendidas las circunstancias del caso, en la *Gaceta de Madrid* ó en el lugar de la última residencia del ausente.

Art. 1.059. Se citará también al Promotor fiscal para que presente á los interesados en la herencia que sean menores ó incapacitados y no tengan representación legítima; á los ausentes cuyo paradero se ignore, y á los que, debiendo ser citados en per-

r domicilio conocido, no se hallaren en el lugar del

Cesará la representación del Promotor fiscal:
i los menores é incapacitados, luego que estén habi-
or ó curador.

á los ausentes cuyo paradero se ignore, cuando se
el juicio ó puedan ser citados personalmente, aun-
ausentarse.

de los ausentes citados en persona, también cuando
ó transcurran desde la citación, sin haberse presen-
fias, si residen en la Península, y tres meses en otra

timo caso se seguirá el juicio en rebeldía, sin volver
que, habiéndolo sido en forma, no hayan compa-

Si el que haya promovido el juicio solicitare oportu-
intervención del caudal, se decretará practicándose
prevenidas en el art. 959 de la manera menos veja-

No podrá decretarse dicha intervención sino limi-
judicialmente los inventarios, cuando se solicite
sinta días de la muerte del testador, ó de haberse
de su fallecimiento.

Para hacer los inventarios judicialmente se dará
ctuario, sin perjuicio de que el Juez pueda concurrir
n en todo ó en parte, cuando lo solicite alguno de
s y él lo considere necesario.

Dentro de los ocho días siguientes al en que se
o formar judicialmente el inventario, deberá prin-
uario señalando día y hora, que hará saber á los
citarlos para esa operación.

Deberán ser citados para la formación del inven-

rederos ó su legítimos representantes que se halla-
r del juicio, ó se hubieren personado en los autos;
ntes, si los hubiere, el Promotor fiscal.

ayuge sobreviviente, ó su representación legi-

gatarios de parte alícuota.

CÓDIGO CIVIL.

acreedores que hubieren promovido el juicio ó hayan
as en él como parte legítima.

Citados todos los que menciona el artículo ante-
rior y hora señalados, procederá el actuario, con los que
formar el inventario, el cual contendrá la descrip-
ción de la herencia por el orden siguiente:

1.º

2.º

3.º

4.º

5.º

6.º

7.º

8.º

9.º

Expresará en las diligencias que se extiendan, con la
precisión convenientes; y si el inventario no se pudiere
hacer el día señalado, se continuará en los siguientes.

Se formará, además, con igual precisión, inventa-
rio de las escrituras, documentos y papeles de importan-
cia que se encuentren.

Practicadas las diligencias prevenidas en los ar-
tículos anteriores, mandará el Juez convocar á Junta á los intere-
sados el día, dentro de los ocho siguientes, para que
se acuerde sobre la administración del caudal, su con-
servación.

Si no se consiguiera dicho acuerdo, determinará
el Juez, según las circunstancias corresponda, con sujeción
á las siguientes:

1.º

2.º

3.º

4.º

5.º

6.º

7.º

8.º

9.º

10.º

11.º

12.º

13.º

14.º

15.º

16.º

17.º

18.º

19.º

20.º

21.º

22.º

23.º

24.º

25.º

26.º

27.º

28.º

29.º

30.º

31.º

32.º

33.º

34.º

35.º

36.º

37.º

38.º

39.º

40.º

41.º

42.º

43.º

44.º

45.º

46.º

47.º

48.º

49.º

50.º

51.º

52.º

53.º

54.º

55.º

56.º

57.º

58.º

59.º

60.º

61.º

62.º

63.º

64.º

65.º

66.º

67.º

68.º

69.º

70.º

71.º

72.º

73.º

74.º

75.º

76.º

77.º

78.º

79.º

80.º

81.º

82.º

83.º

84.º

85.º

86.º

87.º

88.º

89.º

90.º

91.º

92.º

93.º

94.º

95.º

96.º

97.º

98.º

99.º

100.º

o de ellos, podrá el Juez nombrar al que más le parezca.
 extraño.

el administrador, deberá prestar fianza por el valor de lo que perciba en bienes muebles e inmuebles, si los interesados, no consintieren de hacerlo.

En esta conformidad, la fianza se otorgará en el caudal de los que no otorguen

En caso de no haberse referido al art. 1.068, los interesados se reunirán de acuerdo sobre el nombramiento de los peritos que practiquen las operaciones que consiguiere, cada parte ó grupo de interesados en la testamentaria, designará el acuerdo de todos para elegir al que más le parezca de ser letrado.

En caso de no haberse referido al art. 1.068, los interesados se reunirán los concurrentes á dicha junta para el avalúo de los bienes, ó facultarán á éstos para elegir al que más le parezca de ser letrado y para designar cada cual al que más le parezca de ser letrado.

En caso de no haberse referido al art. 1.068, los interesados se reunirán los concurrentes se negase á no concurrir por conforme con la designación de los interesados.

En caso de no haberse referido al art. 1.068, los interesados se reunirán los concurrentes se negase á no concurrir por conforme con la designación de los interesados.

En caso de no haberse referido al art. 1.068, los interesados se reunirán los concurrentes se negase á no concurrir por conforme con la designación de los interesados.

En caso de no haberse referido al art. 1.068, los interesados se reunirán los concurrentes se negase á no concurrir por conforme con la designación de los interesados.

Art. 1.076. También á instancia de parte podrá el Juez fijarles un plazo para que presenten las operaciones divisorias, y si no lo verificaren, serán responsables de los daños y perjuicios.

Art. 1.077. Las operaciones divisorias deberán presentarse por los contadores, extendidas en papel común y suscritas por ellos, y contendrán:

1.º Relación de los bienes que, en concepto de cada uno, formen el caudal partible.

2.º Avalúo de todos los comprendidos en esa relación.

3.º Liquidación del caudal, su división y adjudicación á cada uno de los partícipes.

Art. 1.078. El contador dirimente, resumiendo los puntos en que las partes estuvieren conformes, se limitará á formular, con arreglo á derecho, aquella ó aquellas operaciones en que hubiere desacuerdo, procurando evitar la indivisión, lo mismo que la excesiva división de las fincas.

Art. 1.079. Las operaciones divisorias de los contadores se pondrán de manifiesto en la escribanía por término de ocho días, haciéndolo saber á las partes.

Art. 1.080. Se excusará esta dilación si todas las partes acuden al Juzgado, por medio de comparecencia ó por escrito, manifestando su conformidad con cualesquiera de los proyectos. En el segundo caso, no será necesario que se ratifiquen, cuando todos hayan firmado el escrito ó lo presenten personalmente, lo que acreditará el actuario por diligencia.

Art. 1.081. Pasado dicho término sin hacerse oposición, ó luego que los interesados hayan manifestado su conformidad, el Juez llamará los autos á la vista, y dictará auto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas con reintegro del papel sellado correspondiente.

Art. 1.082. En los puntos en que hubiere discordancia entre los contadores, serán objeto de discusión y materia de resolución las operaciones practicadas por el dirimente.

Art. 1.083. Si dentro del término que fija el art. 1.079 las partes no hicieren oposición al proyecto del contador dirimente, ó manifestaren su conformidad con cualquiera otro, el Juez lo aprobará y mandará protocolizarlo con reintegro del papel sellado correspondiente.

Art. 1.084. Cuando los interesados ó alguno de ellos pidieren

que se les entreguen con los autos las para examínarlas, lo decretará el Juez lías para cada uno de los que lo hubieren

ridos los quince días señalados en el ar-
berse formalizado oposición, se recoge-
dad de apremio, y se procederá á aprobar
de la manera prevenida en el art. 1.081.
en tiempo hábil se hubiere formalizado la
ones divisorias del contador dirimente, el
á los interesados y dicho contador, para
ones que mutuamente se dieren, acuerden

antará la oportuna acta, que firmarán to-

re conformidad de todos los interesados
as promovidas, se ejecutará lo acordado,
hará en las operaciones divisorias las

biere conformidad, se dará al asunto la
rdinario que por la cuantía corresponda,
s por aquellos que primero hubieren soli-
operaciones, conforme al art. 1.084.

será oído el Ministerio fiscal, cuando el
divisoria que se discuta fuere impugnado
cias fraudulentas entre el perito dirimente
los interesados para aumentar ó dismi-
niera bienes.

siere fundado motivo para creer que en
do el cohecho ó las inteligencias fraudu-
que se saque testimonio de lo necesario
mente contra los culpables.

terosados, prescindiendo del avalúo ob-
á que se refiere el artículo anterior, prac-
término probatorio, el pleito será termi-
otro caso, se suspenderá el fallo hasta
la en virtud de lo dispuesto en dicho ar-
a firme.

las definitivamente las particiones, se

procederá á entregar á cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en éstos por el actuario, notas expresivas de la adjudicación.

Luego que sean protocolizadas, se dará á los partícipes que lo pidieren, testimonio de su haber y adjudicación respectivos.

Art. 1.093. Cuando se haya promovido el juicio á instancia de uno ó más acreedores, no se hará la entrega de los bienes á ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados ó garantidos á su satisfacción.

SECCIÓN TERCERA

Del juicio necesario de testamentaria.

Art. 1.094. Sólo se prevendrá el juicio necesario de testamentaria en los casos determinados en el art. 1.041, con la limitación consignada en el 1.044.

Art. 1.095. Practicadas las diligencias necesarias para la seguridad de los bienes, libros y papeles á que se refiere el artículo 1.042, se acomodará este juicio á los trámites establecidos para el voluntario, con las modificaciones siguientes:

1.^a Los inventarios se formarán judicialmente.

2.^a Los bienes se constituirán siempre en depósito, sin que pueda adoptarse acuerdo alguno en contrario.

3.^a El Administrador dará fianza bastante á responder de lo que administre. Si le hubieren relevado de ella los interesados que sean mayores de edad, será proporcionada á la participación que tengan en la herencia los menores, incapacitados ó ausentes, sin que en ningún caso pueda dispensársele de esta obligación.

Hasta que estén adoptadas estas medidas, no podrá cesar la intervención judicial, caso de solicitarse conforme á lo prevenido en el art. 1.048.

SECCIÓN CUARTA

De la administración de las testamentarias.

Art. 1.096. En todo juicio de testamentaria se guardará y cumplirá lo que el testador hubiere dispuesto sobre la administración de su caudal hasta entregarlo á los herederos.

or no haya dispuesto lo que deba administración de la testamentaria as para las de los *ab-intestatos* en rior, cuyas disposiciones serán del art 1.008

de la testamentaria sólo tendrá lo que se relacione directamente , su custodia y conservación, y estionar lo conducente para ello, sedan.

venido el caudal, al acto de abrir el art. 969 deberá verificarse á drán concurrir los herederos.

los interesados, el Juez podrá la administración, se entregue eros y legatarios y al cónyuge que respectivamente pueda co- de los bienes á que tengan de-

plazos en que el administrador

I

n de bienes á que estén lla-
designación de nombres.

lor haya ordenado que el todo ó entre sus parientes hasta cierto ersonas que reúnan ciertas cir- i por sus nombres, para hacer la dicación de los bienes se obser- blece en el presente título.

miento se empleará para la ad- iera fundaciones que deban dis- ados por el fundador ó por la ley, i que los Tribunales hayan de

Art. 1.103. Podrán promover este juicio universal, si el testador no hubiere dispuesto algo que lo impida, los que se crean con derecho á los bienes, ó cualquiera de ellos, y el Ministerio fiscal en representación del Estado.

Art. 1.104. La demanda se formulará conforme á lo prevenido en el art. 524, presentando con ella el testamento ó fundación y los demás documentos en que pueda fundarse la acción que se ejercite y el derecho del actor á los bienes.

También se acompañará copia de la demanda en papel común.

Art. 1.105. Si la demanda tuviere por objeto la declaración del derecho á los bienes de alguna capellanía colativa, de las que se declararon subsistentes por el art. 4.º del convenio-ley de 24 de Junio de 1867, deberá acompañarse el documento que acredite haber precedido el expediente que para la conmutación y libertad de los bienes ordenan dicho convenio y la instrucción para llevarle á efecto, sin cuyo requisito no se dará curso á la demanda.

En estos casos se reducirá á treinta días el término de cada uno de los tres edictos que han de publicarse conforme á los artículos siguientes.

Art. 1.106. Si de los documentos resultare que la demanda se halla comprendida en alguno de los casos á que se refieren los artículos 1.101 y siguiente, el Juez la admitirá, acordando que se llame por edictos á los que se crean con derecho á los bienes, para que comparezcan á deducirlo en el término de dos meses, á contar desde la fecha de la publicación de aquéllos en la *Gaceta de Madrid*.

Art. 1.107. Los edictos á que se refiere el artículo anterior se publicarán y fijarán en los sitios públicos del lugar del juicio, en el pueblo ó pueblos donde radiquen los bienes, y en los demás en que, teniendo en consideración la procedencia del testador, ó el objeto de la institución, se presuma que podrán existir personas de las llamadas.

Se insertarán además en los *Diarios de Avisos* de dichos pueblos, si los hubiere, en el *Boletín Oficial* de la provincia ó provincias á que pertenezcan, y en la *Gaceta de Madrid*, uniéndose á los autos un ejemplar de los periódicos en que se haga la publicación.

En los edictos se expresarán el nombre, apellidos del testador ó fundador, la fecha del testamento ó n, y lo demás conducente para que pueda formarse objeto de la institución y de las personas llamadas a los bienes, como también el nombre y apellido de personas que hayan promovido el juicio, y su grado, ó razón en que funden su derecho.

El Ministerio fiscal, en representación del Estado, estos juicios hasta que se terminen por sentencia

cepto, se citará y emplazará al Promotor fiscal del que fuere admitida la demanda, dándole la copia abrá presentado el actor, y se le notificarán todas as que recaigan.

Los que comparezcan en el juicio alegando dere- es, deberán acompañar los documentos en que lo rrespondiente árbol genealógico en su caso.

ren á su disposición alguno de los documentos, ex- chivo en que deba hallarse, ofreciendo presentarlo le.

as y documentos se unirán á los autos por el orden an presentando.

Transcurrido el término de los primeros edictos, egundo llamamiento, también por dos meses, en con la misma publicidad que el anterior.

dictos se hará expresión de ser el segundo llama- as personas que hayan comparecido alegando de- enes, con indicación del grado de parentesco ó de se fundan aquél.

Con los mismos requisitos y en igual forma se r llamamiento, también por dos meses, luego que término del segundo, expresando en los edictos ser ltimo, y añadiendo el apercibimiento de que no será uicio el que no comparezca dentro de este último

Acreditándose por diligencia del actuario haber el término de los tres llamamientos, y que se han atos las solicitudes de todos los que se hubieren e comunicarán al Promotor fiscal por el término que

el Juez estime necesario, pero que no podrá exceder de veinte días, para que emita su dictamen sobre la procedencia de este juicio universal, y si los recurrentes, ó algunos de ellos, reúnen las circunstancias necesarias para aspirar á la adjudicación de los bienes.

Art. 1.114. Si el Promotor fiscal formulase oposición por creer improcedente el juicio, ó porque ninguno de los aspirantes reúna las circunstancias exigidas para participar de los bienes, el Juez acordará se haga saber á aquéllos que usen de su derecho, en vía ordinaria, si les conviniera.

Art. 1.115. No haciendo el Promotor fiscal dicha oposición, si fuesen dos ó más los aspirantes, el Juez los convocará á Junta para el día y hora que señalará dentro de los quince siguientes.

En esta Junta, á la que podrá concurrir el Promotor fiscal y los defensores de las partes, discutirán éstas su mejor derecho á los bienes, consignándose el resultado en el acta, que firmarán todos los concurrentes.

Art. 1.116. Si en la Junta hubiere acuerdo unánime sobre el derecho á los bienes y participación que á cada uno corresponda, ó en el caso de no haber más que un aspirante, si no se hubiere opuesto el Promotor, el Juez llamará los autos á la vista, con citación de las partes, y dictará sentencia, haciendo las declaraciones que estime procedentes en derecho.

Esta sentencia será apelable en ambos efectos.

Art. 1.117. Antes de dictar dicha sentencia podrá el Juez acordar, para mejor proveer, el cotejo de algún documento cuya eficacia pueda ser dudosa, ó que se traiga á los autos cualquier otro que estime necesario.

Art. 1.118. Cuando no haya habido conformidad en la Junta, el Juez dará por terminado el acto, mandando á las partes que hagan uso de su derecho en juicio ordinario.

Art. 1.119. Tanto en este caso como en el del art. 1.114, los interesados ventilarán sus derechos en el juicio ordinario que corresponda á la cuantía de los bienes, y si ésta fuese desconocida, por los trámites del de mayor cuantía, debiendo litigar unidos y bajo una sola dirección los que sostengan una misma causa.

Art. 1.120. Para el buen orden de estos procedimientos se observarán las reglas siguientes:

1.ª Se entregarán los autos á la parte que hubiese promovido

que en el término de diez días amplíe la demanda, ó modificando sus pretensiones.

a parte desistiere de su demanda por reconocer en otro ú otros de los aspirantes, con éstos se entrega de autos para que formulen sus pretensiones, y mediado dicho reconocimiento, se entenderá con lo que se personó en el juicio.

lo escrito se dará traslado, sin nuevo emplazamiento á demás aspirantes por el orden en que se hubieren en el juicio, entregándoles los autos por otros diez días, para que formulen también sus respectivas

del art. 1.114, el Promotor fiscal será considerado y se le entregarán los autos para que conde haber formulado sus pretensiones todos los bienes.

se será considerado como parte el Promotor fiscal art. 1.118, y se le entregarán los autos luego que hayan formulado sus pretensiones, para que pueda estime procedente en defensa de los intereses de el cumplimiento de las cargas piadosas á que es los bienes. Si nada tuviere que proponer sobre a, devolverá los autos con la fórmula de *Vistos*, en se le dará nueva audiencia, á no ser que él la solicite. Se le notificarán todas las providencias hasta que re a firme.

ritos de los aspirantes se formularán en los términos para las demandas, acompañando tantas copias como otras partes litigantes, á quienes serán entregados efectos prevenidos en el art. 520 respecto de los autos, en los que ya no se entregarán los autos.

que todos los aspirantes hayan formulado sus pretensiones, se dará al juicio la sustanciación establecida para contestada la demanda en el ordinario de mayor ó de menor, según corresponda, obligando el Juez á los interesados, si lo hubieren hecho á que, los que sostengan una causa litiguen en adelante unidos y bajo una misma di-

Cuando se reconozca el derecho de alguno ó al-

gunos de los aspirantes, se acordará en la misma sentencia lo que proceda para asegurar el cumplimiento de las cargas piadosas con que estuvieren gravados los bienes, aunque nadie lo haya solicitado ni haya sido objeto de discusión en el pleito.

Art. 1.122. Luego que sea firme la sentencia se procederá á su ejecución en la forma que corresponda, con intervención del Ministerio fiscal sólo en el caso de que haya de asegurarse el cumplimiento de cargas piadosas ó cualesquiera otras á favor del Estado ó de alguna corporación ó instituto que de él dependa.

Art. 1.123. Cuando hayan de distribuirse los bienes entre varios interesados, si para ello se solicita ó es necesaria la intervención judicial, se procederá por los trámites establecidos para los juicios de testamentaría.

Art. 1.124. Respecto de la administración de los bienes que sean objeto de estos juicios, se guardará y cumplirá lo que el testador hubiere dispuesto.

Si nada dispuso ó se hallaren abandonados por cualquier motivo, el Juez adoptará las medidas necesarias para la seguridad, custodia y conservación de dichos bienes, observándose lo dispuesto para la administración de los *ab-intestatos*.

Art. 1.125. El Juez cuidará también de que con las rentas se cumplan puntualmente las cargas que sobre los bienes hubiere impuesto el testador ó fundador.

Art. 1.126. No serán admitidos como parte en estos juicios los que no hubieren comparecido en ellos durante los términos de los edictos, aunque aleguen no haber llegado á su noticia los llamamientos judiciales, pero les quedará á salvo su derecho para ventilarlo en juicio ordinario con el interesado ó interesados á quienes hayan sido adjudicados los bienes, luego que sea firme la sentencia.

Art. 1.127. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si en los casos previstos en los artículos 1.114 y 1.118 se hubiere promovido el juicio ordinario para hacer la declaración del derecho á los bienes, el que crea que lo tiene preferente podrá comparecer en este juicio y será tenido como parte en el estado en que se halle, sin que en ningún caso pueda retroceder la sustanciación, observándose lo que previenen los artículos 766 y siguiente.

Art. 1.128. Tampoco se dará curso á las demandas que du-

sustanciación de estos juicios universales se deduzcan
rado en el mismo Juzgado ó en otro, por los que no
mparecido en ellos para que se les declare con derecho

III

129. Tales demandas quedarán en suspenso hasta que
sentencia firme en el juicio universal, y después se se-
n los que hayan obtenido á su favor por dicha senten-
claración del derecho y la adjudicación de los bienes.

III

—Título VI.—Del modo de elevar á escritura pública
el testamento ó codicilo hecho de palabra.

143. A instancia de parte legítima podrá elevarse á es-
ública el testamento hecho de palabra.

144. Se entiende ser parte legítima para los efectos de
anterior:

que tuviere interés en el testamento.

que hubiere recibido en él cualquier encargo del tes-

que con arreglo á las leyes pueda representar sin poder
era de los que se encuentren en los casos que se expre-
s números anteriores.

145. Si al otorgar el testamento de palabra se hubiere
ota ó apunte de las disposiciones del testador, se pre-
on la solicitud dicha nota ó memoria; se expresarán los
de los testigos que deban ser examinados, y el del No-
rbiere concurrido al otorgamiento y por cualquier causa
dere elevado á escritura pública, y se manifestará el in-
timo que tenga el que promueve el expediente.

146. El Juez dictará providencia mandando comparecer
igos y al Notario en su caso, en el día y hora que señale,
cibimiento de multa, y de las demás correcciones que la
ncia haga necesarias.

147. No concurriendo al acto alguno de los que deban
nados sin alegar justa causa que lo impidiere, el Juez
derá, señalará el día y hora en que haya de tener lugar,

mandará hacer efectiva la multa y conminará al desobediente con mayor corrección en el caso de reincidencia.

Art. 1.948. Cuando un testigo no compareciere por hallarse enfermo ó impedido, podrá pedir el interesado que se traslade el Juzgado á casa del enfermo, para recibirle declaración acto continuo de haber sido examinados los demás testigos.

Cuando un testigo estuviese ausente del partido judicial, podrá solicitar que se le examine por medio de exhorto dirigido al Juez del pueblo de su residencia actual.

Art. 1.949. Los testigos, y el Notario en su caso, serán examinados separadamente y de modo que no tengan conocimiento de lo declarado por los que les hayan precedido.

El actuario dará fe de conocer á los testigos.

Si no los conocieré exigirá la presentación de dos testigos de conocimiento.

Art. 1.950. También deberá acreditarse, si no constase por notoriedad, la calidad del Notario del otorgamiento en los casos en que hubiere concurrido.

Art. 1.951. Cuidará el Juez, bajo su responsabilidad, de que se exprese en las declaraciones la edad de los testigos y el lugar en que tuvieren su vecindad al otorgarse el testamento.

Art. 1.952. Cuando la voluntad del testador se hubiere consignado en alguna cédula ó papel privado, se pondrá de manifiesto á los testigos para que digan si es la misma que se les leyó, y si reconocen por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas, en el caso de haberlas puesto.

Art. 1.953. Resultando clara y terminante de las declaraciones de los testigos:

1.º Que el testador tuvo el propósito serio y deliberado de otorgar su última disposición:

2.º Que los testigos, y el Notario en su caso, han oído simultáneamente de boca del testador todas las disposiciones que quería se tuviesen como su última voluntad, bien lo manifestase de palabra, bien leyendo ó dando á leer alguna nota ó memoria en que se contuviese;

3.º Que los testigos fueron en el número que exige la ley, según las circunstancias del lugar y tiempo en que se otorgó, y que reúnen las cualidades que se requiere para ser testigo en los testamentos;

El Juez declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulte, con la calidad de sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente.

Art. 1.954. Cuando resultare alguna divergencia en las declaraciones de los testigos, el Juez aprobará como testamento aquello en que todos estuvieren conformes.

Si la última voluntad se hubiere consignado en cédula presentada ó escrita en el acto del otorgamiento, se tendrá como testamento lo que de ella resulte, siempre que todos los testigos estén conformes en que es el mismo papel que se escribió ó presentó en aquel acto, aun cuando alguno de ellos no recuerde cualquiera de sus disposiciones.

Art. 1.955. La protocolización se hará en los registros del Notario de la cabeza del partido; y si hubiere más de uno, en el que designe el Juez.

IV

Título VII.—De la apertura de testamentos cerrados y protocolización de las memorias testamentarias.

Art. 1.956. El que tenga en su poder algún testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente, tan luego como sepa el fallecimiento del otorgante.

Art. 1.957. Podrá también pedir su presentación el que tuviere conocimiento de haber sido otorgado el testamento y obrar en poder de tercero.

Siendo el reclamante persona extraña á la familia del finado, jurará que no procede de malicia, sino por creer que en él puede tener interés por cualquier concepto.

Art. 1.958. El actuario examinará en el acto el pliego que contenga el testamento, y pondrá diligencia de su estado, describiendo minuciosamente los motivos, si existieren, para poder sospechar que haya sido abierto ó sufrido alguna alteración, enmienda ó raspadura.

Esta diligencia la firmará también el presentante, y si no supiere, ó no quisiere, un testigo á su ruego en el primer caso, y dos testigos elegidos por el actuario en el segundo.

Art. 1.959. Acto continuo el actuario dará cuenta al Juez, el cual, acreditado el fallecimiento del otorgante, acordará que para el día siguiente, ó antes si es posible, se cite al Notario autorizante y á los testigos instrumentales.

Art. 1.960. Comparecidos los testigos, se les pondrá de manifiesto el pliego cerrado para que lo examinen y declaren bajo juramento. si reconocen como legítima la firma y rúbrica que con su nombre aparece en él, y si lo hallan en el mismo estado que tenía cuando pusieron su firma.

Si alguno de los testigos no supiere firmar y lo hubiere hecho otro por él, serán examinados los dos, reconociendo su firma el que la hubiere puesto.

Art. 1.961. Los testigos serán examinados por orden sucesivo, é interrogados sobre la edad que tenían el día del otorgamiento.

Art. 1.962. Si alguno ó algunos de los testigos hubieren fallecido ó se hallaren ausentes, se preguntará á los demás si los vieron poner su firma y rúbrica, y se examinará además á otras dos personas que conozcan la firma y rúbrica del fallecido ó ausente, acerca de su semejanza con las estampadas en el pliego.

Si esto último no pudiere tener lugar, será abonado el testigo en la forma ordinaria.

Art. 1.963. En el caso de haber fallecido el Notario que autorizó el otorgamiento, se cotejará por el Juez, asistido de peritos de su exclusivo nombramiento, el signo, firma y rúbrica del pliego ó carpeta con las estampadas en la copia que debe existir en el registro especial de los testamentos cerrados, para lo cual se trasladará el Juez al sitio en que se halle, y no siendo posible, dará comisión á quien corresponda.

Si el otorgamiento hubiere sido anterior á la ley del Notariado, el cotejo se hará con otras firmas y signos indubitados del mismo Notario.

Art. 1.964. Cuando el Notario y todos los testigos hubieren fallecido, se abrirá información acerca de esta circunstancia, de la época de la defunción, concepto público que merecieran, y de si se hallaban en el pueblo cuando se otorgó el testamento.

Art. 1.965. Podrán presenciar la apertura del pliego y lectura del testamento, si lo tienen por conveniente, los parientes del testador en quienes pueda presumirse algún interés, sin permi-

se opongan á la práctica de la diligencia por ningún nque presenten otro testamento posterior.

6. Practicadas las diligencias que quedan preveni- ltando de ellas que en el otorgamiento del testamento ardado las solemnidades prescritas por la ley, y la el pliego, lo abrirá el Juez y leerá para sí la dispo- mentaria que contenga.

enderá la apertura cuando en la misma carpeta, ó en abierto, hubiese dispuesto el testador que no se abra época determinada, en cuyo caso el Juez suspenderá ición de la diligencia y mandará archivar en el Juz- racticadas y el pliego, hasta que llegue el plazo desig- l testador.

7. Verificada la lectura del testamento y codicilo por entregará al actuario para que lo lea en alta voz, á no tenga disposición del testador ordenando que alguna cláusulas queden reservadas y secretas hasta cierta cuyo caso la lectura se limitará á las demás cláusulas sición testamentaria

8. Leído el testamento, dictará auto mandando que íce con todas las diligencias originales de la apertura, stros del Notario que hubiere autorizado su otorga- que se dé copia de dicho auto al que lo hubiere pre- ara su resguardo, si lo pidiera.

9. El que tenga en su poder alguna memoria testa- leberá presentarla al Juez competente en cuanto sepa n del otorgante, pidiendo su protocolización y mani- causa de que obre en su poder. Con el escrito presen- iento en que acredite dicho fallecimiento, y exhibirá iente del testamento en que se indiquen su existencia es que debe reunir para ser considerada como le-

entando dichos documentos, dictará el Juez provi- idando que se traigan á los autos.

10. A continuación del escrito se extenderá por el ac- gencia suficientemente expresiva del estado en que se omoria, y de las circunstancias por las que pueda juz- i identidad con la indicada en el testamento.

í esta diligencia el que presente la memoria; y si no

supiere ó no quisiere firmar, se hará lo que queda dispuesto en el párrafo segundo del art. 1.958.

En seguida se extenderá por el actuario testimonio de la cláusula ó cláusulas del testamento exhibido que se refieran á la memoria, devolviéndoselo al que lo exhiba, quien firmará su recibo.

Art. 1.971. El Juez dictará providencia mandando que se proceda á la lectura de la memoria y confrontación de sus señales con las expresadas en el testamento, fijando el día y hora en que habrá de practicarse esta diligencia. Los interesados en el testamento podrán concurrir á ella, á cuyo efecto se les instruirá de dicho señalamiento, con la prevención de que su falta de asistencia no impedirá la celebración del acto, ni será motivo para su nulidad, cualquiera que sea la causa que se alegue.

Art. 1.972. Si la memoria estuviere contenida dentro de un pliego cerrado, procederá el Juez á su apertura y lectura en secreto, y no encontrando disposición del testador en que ordene que no se publique alguna cláusula, hasta día ó época determinada, la entregará al actuario para que la lea en alta voz.

Si contuviere dicha disposición, se omitirá la lectura de las cláusulas á que se refiera, y no se podrá dar testimonio de ellas, quedando cerrada y archivada la memoria, hasta que llegue el día ó época determinados por el testador.

Art. 1.973. Acto continuo se procederá á la información y examen de las señales requeridas en el testamento para que deba tenerse como legítima la memoria, con las halladas en ésta.

De esta diligencia se extenderá la oportuna acta, que firmarán el Juez y los demás concurrentes interesados.

Art. 1.974. Resultando del expediente que la memoria reúne las condiciones exigidas por el testador para que se la considere auténtica, se dictará auto mandando protocolizarla, sin perjuicio del derecho de los interesados para impugnarla en el juicio correspondiente.

Art. 1.975. La protocolización se hará en los registros del Notario que autorizó el testamento, y juntamente con éste. Si esta circunstancia no fuere posible, se pondrá por el Notario en el registro del testamento nota marginal expresiva de la existencia de la memoria y del libro y folio en que se halle protocolizada.

Art. 1.976. Cuando el testador haga referencia á alguna memoria escrita de su puño y letra, ó sólo firmada por él, sin men-

V

Ley del Timbre del Estado de 15 de Septiembre de 1892, reformada por las de 5 de Agosto de 1893, 30 de Junio de 1895, 21 de Agosto de 1896 y art. 7.º de la de 30 de igual mes y año.

TÍTULO II

DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS

CAPÍTULO PRIMERO

Instrumentos públicos.

Art. 20. Se empleará el timbre de 10 pesetas, clase 6.ª, en el primer pliego de las copias de las escrituras de testamentos y codicilos abiertos, ya se exprese ó no en ellos la cuantía de la herencia.

Llevarán timbre de 50 pesetas, clase 3.ª, los testamentos cerrados que se protocolicen después de su apertura, además del timbre suelto de igual valor, que debe tener su carpeta, el que será inutilizado con su rúbrica por el Notario autorizante.

CAPÍTULO IV

Documentos judiciales ó actuaciones contenciosas.

SECCIÓN PRIMERA

Jurisdicción civil contenciosa.

Art. 102. En los juicios de abintestato y de testamentaria se atenderá para el uso del timbre en las piezas de autos generales en que, conforme á la ley, se dividen; al valor de la masa de bienes hereditaria que previamente señalará el heredero declarado ó presunto, y á falta de éstos, el que pretenda la consideración de tal.

.....
En los juicios incidentales que se promuevan con motivo de los universales se tomará en cuenta la cuantía de la reclamación

Colaterales de segundo grado, 4 por 100.

Idem de tercero id., 5 por 100.

Idem de cuarto id., 6 por 100.

Idem de quinto id., 7 por 100.

Idem de sexto id., 8 por 100.

Idem de grado más distante del sexto y extraños, 9 por 100.

Las herencias y legados en favor del alma del testador se liquidarán á razón de 1 por 100, y si fueran á favor del alma de otras personas, tributarán por el tipo correspondiente al parentesco que exista entre éstas y el causante de la herencia ó legado.

Si en virtud de lo dispuesto en el art. 838 del Código civil se hiciera pago al cónyuge de su haber legítimo en forma ó concepto distinto del usufructo, devengará, no obstante, el 1 por 100; pero siempre que en cantidad ó calidad no exceda lo que se le adjudique ó reconozca de lo que por su cuota ó legítima le corresponda. En lo que de ésta exceda satisfará el 3 por 100.

Las cantidades que se perciban de las Compañías aseguradoras en concepto de herencia, ó como beneficiarios designados en las pólizas, contribuirán por el impuesto de derechos reales que corresponda en relación con el parentesco entre ellos y el asegurado. Las Compañías de seguros no podrán satisfacer dicha suma si previamente no se les acredita el pago del impuesto devengado con la presentación de la correspondiente carta de pago, bajo la responsabilidad establecida en el párrafo tercero del art. 167 de este Reglamento.

Art. 22. En los fideicomisos cuyo origen legal parta del régimen anterior al vigente Código civil, y que por la disposición transitoria 2.^a del mismo tengan eficacia, se pagará desde luego el 2 por 100. Si no se publicase en el término de un año la voluntad del testador, se completará hasta el 9; pero si se publicase dentro de dicho término, pagará con arreglo al grado de parentesco del heredero, si éste fuese pariente del testador, y 9 por 100 si no lo fuese, deduciendo el 2 por 100 satisfecho anteriormente.

Si en algún caso el tipo de liquidación correspondiente al grado de parentesco entre el heredero y el testador fuere menor del 2 por 100, se considerará dicho pago como definitivo, sin ulteriores consecuencias para el Tesoro ni para el contribuyente.

En las sustituciones fideicomisarias, si el fiduciario ó persona

en el anterior, dar cuenta al liquidador á la Dirección general de Contribuciones directas; pero si los documentos se otorgaren en lugar donde este Reglamento rija, será competente para liquidar, la oficina del partido donde estuviese domiciliado el Notario ó radicase la oficina ó Tribunal autorizante.

Art. 60. El plazo para la presentación de documentos relativos á herencias y legados será de seis meses, á contar desde el fallecimiento del causante. Este plazo *será prorrogable á instancia de los interesados* por la Delegación de Hacienda á cuya provincia corresponda la oficina liquidadora competente, para liquidar por otros seis meses, sin que sea preciso justificar la causa que motive la pretensión, siempre que se solicite dentro del primero de dichos plazos y se acompañe el certificado de defunción de la persona de cuya sucesión se trate.

Cuando la sucesión dependa del nacimiento de un póstumo, se contará el primer plazo de seis meses desde la fecha de su nacimiento.

Art. 61. Si dentro de los referidos plazos de seis meses y un año respectivamente no se formalizasen las testamentarias ó abintestato en escritura pública, los interesados vienen obligados á solicitar liquidación provisional antes de que se cumplan dichos plazos, debiendo presentar al efecto en la oficina correspondiente los siguientes documentos:

1.º Declaración descriptiva y valorada de los bienes y derechos de todas clases que constituyan el caudal relicto.

2.º Certificación de defunción del causante y primera copia de las disposiciones testamentarias si las hubiere, y, en su defecto, testimonio de la declaración de herederos.

3.º Relación de los herederos y legatarios, en que se exprese y justifique el parentesco de aquéllos con el causante y la participación de cada uno en el caudal hereditario.

En el caso de sucesión intestada, si no estuviese hecha la declaración judicial de herederos, se presentará relación de los que hubiesen solicitado la herencia, con determinación del grado de parentesco que alegaren.

En vista de dichos documentos, y previa comprobación de valores, se practicará la liquidación provisional, satisfaciendo los derechos correspondientes con arreglo á ella y como pago á cuenta de la definitiva, que se verificará dentro del año siguiente.

herederos, girándose ent
de la *representación* del ca
cesión entre extraños, sin
de lo satisfecho de más,
herederos y practicada la
tificara el parentesco de
lución será el de cinco al
nitiva.

Art. 64. Los plazos c
presentación de documen
ampliarán á nueve mese
fallecimiento ocurriese e
años si hubiere tenido lu
dio y tres años si hubiese

La ampliación del pla
Ministerio de Hacienda.

Art. 65. Cuando la tr
por contrato ó acto entre
quiera carácter litigioso,
establecidos por este Reg
mentos y empezarán á cor
que recayera; pero los in
mente la existencia del l
rencia á los autos.

Si el litigio se promo
presentación, no sólo no
documentos y el pago de
efectivas las responsabili
incurrido.

Las diligencias judici
mentos; su elevación á es
tario para admitir la he
miento de tutor y consej
ros cuando no se formu
cuestiones litigiosas al el
refiere el párrafo primero
la suspensión las reclama
tra la testamentaria ó s
instancia del acreedor el

otro
ten
nada
ción
ere
enie
cae
lo d
ulta
a co
ruya
ilitu
dom
alle
n lo

ins
let
qué
der
ceol
id ju
á
ó re
co
> he
e qu
omp

Art. 678. Se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que se determinan en el art. 688.

Art. 679. Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

Art. 680. El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta á las personas que han de autorizar el acto.

Art. 681. No podrán ser testigos en los testamentos:

- 1.º Las mujeres, salvo lo dispuesto en el art. 701.
- 2.º Los varones menores de edad, con la misma excepción.
- 3.º Los que no tengan la calidad de vecinos ó domiciliados en el lugar del otorgamiento, salvo en los casos exceptuados por la ley.
- 4.º Los ciegos y los totalmente sordos ó mudos.
- 5.º Los que no entiendan el idioma del testador.
- 6.º Los que no estén en su sano juicio.
- 7.º Los que hayan sido condenados por el delito de falsificación de documentos públicos ó privados, ó por el de falso testimonio, y los que estén sufriendo pena de interdicción civil.
- 8.º Los dependientes, amanuenses, criados ó parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad del Notario autorizante.

Art. 682. En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituídos, ni los parientes de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad ó segundo de afinidad.

No están comprendidos en esta prohibición los legatarios y sus parientes, cuando el legado sea de algún objeto mueble ó cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario.

Art. 683. Para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de otorgarse el testamento.

Art. 684. Para testar en lengua extranjera se requiere la presencia de dos intérpretes elegidos por el testador, que traduzcan su disposición al castellano. El testamento se deberá escribir en las dos lenguas

io y dos de los testigos que autoricen el testador al testador, y si no lo conocieren, se la con dos testigos que le conozcan y sean Notario y de los testigos instrumentales. el Notario y los testigos asegurarse de que, estador la capacidad legal necesaria para

de conocer al testador tendrán los testigos amento sin asistencia de Notario, en los ca- 00 y 701.

udiese identificarse la persona del testador, en el artículo que precede, se declarará esta Notario, ó por los testigos en su caso, rese- is que el testador presente con dicho objeto del mismo.

lo el testamento por tal motivo, correspon- su validez la prueba de la identidad del

o el testamento en cuyo otorgamiento no se formalidades respectivamente establecidas

Sección cuarta.

Del testamento ológrafo.

amento ológrafo sólo podrá otorgarse por edad.

o este testamento, deberá extenderse en p- diente al año de su otorgamiento y estar es- por el testador, con [expresión del año, mes as.

ibras tachadas, enmendadas ó entre reglo- stador bajo su firma.

drán otorgar, testamento ológrafo en su pro-

umento ológrafo deberá protocolizarse, pre- objeto al Juez de primera instancia del úl- stador, ó al del lugar en que éste hubiese inco años, contados desde el día del falleci- isito no será válido.

Art.
testam
cia de
diez di
que se

Tar
testam
concep

Art.
falleci
oerrad
su ide
firma
hallar
mismo

A
siempre
dicho

Art.
articul
yuge a
diente
herma

Si
rare s
de rep

Lo
cias y
sobre

Art.
mento
das, e
darán
otro es

Cu
no ob
resado

El Notario dará fe, al final del plido todas las dichas formalidades los testigos de conocimiento en su

Art. 700. Si el testador se halla muerto, puede otorgarse el testamento sin necesidad de Notario.

Art. 701. En caso de epidemia, el testamento sin intervención del Notario, por tres o más testigos mayores de diez y seis años, varones ó m

Art. 702. En los casos de los de art. 701, el testamento, siendo posible, deberá ser escrito, aunque los testigos no sepa

Art. 703. El testamento otorgado en los casos de los tres artículos anteriores q sea válido desde que el testador haya cesado la epidemia.

Cuando el testador falleciere en los casos de los tres artículos anteriores, el testamento si dentro de los diez días siguientes al fallecimiento no se acude al Tribunal competente para elevarlo á escritura pública, ya se ha verbalmente.

Art. 704. Los testamentos otorgados en los casos de los tres artículos anteriores sin intervención de Notario serán ineficaces si no se el protocolo en la forma prevenida en la ley civil.

Art. 705. Declarado nulo un testamento por no haberse observado las solemnidades o por no haber sido autorizado el Notario que lo haya autorizado será de nulidad por perjuicios que sobrevengan, si la fe es por negligencia ó ignorancia inexcusable.

Sección 24

Del testamento

Art. 706. El testamento cerrado será otorgado por el testador, ó por otra persona á su ruego, en presencia de tres testigos mayores de diez y seis años, en el lugar, día, mes y año en que se otorga. Si lo escribiere por sí mismo el

rá al final su firma, después de salvar las palabras tachadas ó escritas entre reglones.

Si hubiere otra persona á su ruego, el testador pondrá su firma en todas las hojas y al pie del testamento.

Si el testador no sepa ó no pueda firmar, lo hará á su ruego, y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de su incapacidad.

En el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las solemnidades siguientes:

El que contenga el testamento se pondrá dentro de un sobre cerrado y sellado, de suerte que no pueda extraerse sin la intervención de éste.

El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado, y sellará y sellará en el acto, ante el Notario que haya oído y cinco testigos idóneos, de los cuales tres, al menos, no podrán firmar.

En la presencia del Notario y los testigos manifestará el testador el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si es escrito, firmado y rubricado por él, ó si está escrito por otra persona y firmado por él al final y en todas sus hojas, si sabe ó no poder firmar, lo ha hecho á su ruego otra persona.

Después de haber cubierto la cubierta del testamento extenderá el Notario la presente acta de su otorgamiento, expresando el número de los sellos con que esté cerrado, y dando fe de haber observado las solemnidades mencionadas, del conocimiento de haberse identificado su persona en la forma prevista en los artículos 685 y 686, y de hallarse, á su juicio, el testador en la capacidad legal necesaria para otorgar testamento. Leída y leída el acta, la firmarán el testador y los testigos, y la autorizará el Notario con su signo y sello.

Si el testador no sabe ó no puede firmar, deberá hacerlo en su presencia uno de los testigos instrumentales ó otra persona designada por él.

En el acta se expresará en el acta esta circunstancia, además de la fecha, hora, día, mes y año del otorgamiento.

No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan ó no puedan leer.

Art. 709. Los sordomudos y los que no puedan hablar, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente:

1.º El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año.

2.º Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, á presencia del Notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento, y que está escrito y firmado por él.

3.º A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el art. 707, en lo que sea aplicable al caso.

Art. 710. Autorizado el testamento cerrado, el Notario lo entregará al testador, después de poner en el protocolo reservado copia autorizada del acta de otorgamiento.

Art. 711. El testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, ó encomendar su guarda á persona de su confianza, ó depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo.

En este último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo reservado, al margen ó á continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo á continuación de dicha nota.

Art. 712. El Notario ó la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador.

Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia.

Art. 713. El que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado en el párrafo segundo del artículo anterior, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho á la herencia, si lo tuviere como heredero abintestato ó como heredero ó legatario por testamento.

En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador ó de la persona que lo tenga en guarda ó depósito, y el que lo oculte, rompa ó

inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda.

Art. 714. Para la apertura y protocolización del testamento cerrado se observará lo prevenido en la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 715. Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia ó de negligencia ó ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.

Sección séptima.

Del testamento militar.

Art. 716. En tiempo de guerra, los militares en campaña, voluntarios, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el Ejército, ó que sigan á éste, podrán otorgar su testamento ante un Oficial que tenga por lo menos la categoría de Capitán.

Es aplicable esta disposición á los individuos de un Ejército que se halle en país extranjero.

Si el testador estuviere enfermo ó herido, podrá otorgarlo ante el Capellán ó el Facultativo que le asista.

Si estuviere en destacamento, ante el que lo mande, aunque sea subalterno.

En todos los casos de este artículo será siempre necesaria la presencia de dos testigos idóneos.

Art. 717. También podrán las personas mencionadas en el artículo anterior otorgar testamento cerrado ante un Comisario de guerra, que ejercerá en este caso las funciones de Notario, observándose las disposiciones de los artículos 706 y siguientes.

Art. 718. Los testamentos otorgados con arreglo á los dos artículos anteriores deberán ser remitidos con la posible brevedad al cuartel general, y por éste al Ministro de la Guerra.

El Ministro, si hubiese fallecido el testador, remitirá el testamento al Juez del último domicilio del difunto, y no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid, para que de oficio cite á

los herederos y demás interesados en la sucesión. Éstos deberán solicitar que se eleve á escritura pública y se protocolice en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil.

Cuando sea cerrado el testamento, el Juez procederá de oficio á su apertura en la forma prevenida en dicha ley, con citación é intervención del Ministerio fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados.

Art. 719. Los testamentos mencionados en el art. 716 caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña.

Art. 720. Durante una batalla, asalto, combate y, generalmente, en todo peligro próximo de acción de guerra, podrá otorgarse testamento militar de palabra ante dos testigos.

Pero este testamento quedará ineficaz si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó.

Aunque no se salvare, será ineficaz el testamento si no se formaliza por los testigos ante el Auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al Ejército, procediéndose después en la forma prevenida en el art. 718.

Art. 721. Si fuere cerrado el testamento militar, se observará lo prevenido en los artículos 706 y 707; pero se otorgará ante el oficial y los dos testigos que para el abierto exige el art. 716, debiendo firmar todos ellos el acta de otorgamiento, como asimismo el testador, si pudiere.

Sección octava.

Del testamento marítimo.

Art. 722. Los testamentos, abiertos ó cerrados, de los que durante un viaje marítimo vayan á bordo, se otorgarán en la forma siguiente:

Si el buque es de guerra, ante el Contador ó el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos idóneos, que vean y entiendan al testador. El Comandante del buque, ó el que haga sus veces, pondrá además su V.º B.º

En los buques mercantes autorizará el testamento el Capitán ó el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos.

En uno y otro caso los testigos se elegirán entre los pasajeros si los hubiere; pero uno de ellos, por lo menos, ha de poder firmar.

o hará por sí y por el testador, si éste no sabe ó no puede

testamento fuera abierto, se observará además lo preve-
el art. 695, y si fuere cerrado, lo que se ordena en la
sexta de este capítulo, con exclusión de lo relativo al
de testigos ó intervención del Notario.

23. El testamento del Contador del buque de guerra y
capitán del mercante serán autorizados por quien deba
los en el cargo, observándose para lo demás lo dispuesto
seculo anterior.

24. Los testamentos abiertos hechos en alta mar serán
los por el Comandante ó por el Capitán, y se hará men-
llos en el Diario de navegación.

En la misma mención se hará de los ológrafos y los cerrados.

25. Si el buque arribase á un puerto extranjero donde
ente diplomático ó consular de España, el Comandante
guerra, ó el Capitán del mercante, entregará á dicho
copia del testamento abierto ó del acta de otorgamiento
do, y de la nota tomada en el Diario.

La copia del testamento ó del acta deberá llevar las mismas
de el original, si viven y están á bordo los que lo firma-
ntro caso será autorizada por el Contador ó Capitán que
escibido el testamento, ó el que haga sus veces, firmando
os que estén á bordo de los que intervinieron en el tes-

ente diplomático ó consular hará extender por escrito
de la entrega, y cerrada y sellada la copia del testa-
a del acta del otorgamiento si fuere cerrado, la remitirá
ta del Diario por el conducto correspondiente al Minis-
rina, quien mandará que se deposite en el Archivo de
erio.

El Comandante ó Capitán que haga la entrega recogerá del
plomático ó consular certificación de haberlo verificado,
nota de ella en el Diario de navegación.

26. Cuando el buque, sea de guerra ó mercante, arribe
puerto del Reino, el Comandante ó Capitán entregará
ento original, cerrado y sellado, á la Autoridad marí-
, con copia de la nota tomada en el Diario, y si hubiese
el testador, certificación que lo acredite.

La entrega se acreditará en la forma prevenida en el artículo anterior, y la Autoridad marítima lo remitirá al Ministerio de Marina.

Art. 727. Si hubiese fallecido el testador y no hubiese testamento, el Ministro de Marina practicará lo prevenido en el art. 718.

Art. 728. Cuando el testamento haya sido otorgado en extranjero en buque español, el Ministro de Marina lo remitirá al de Estado, para que por la vía diplomática siga el curso que corresponda.

Art. 729. Si fuere ológrafo el testamento y el testador hubiese fallecido, el Comandante ó Capitán de buque lo recibirá para custodiarlo, haciendo mención de ello en el acta de fallecimiento, y lo entregará á la Autoridad marítima local, en los efectos prevenidos en el artículo anterior en el primer puerto del Reino.

Lo mismo se practicará cuando sea cerrado el testamento, si el testador lo conservaba en su poder al tiempo de fallecer.

Art. 730. Los testamentos, abiertos y cerrados, otorgados en buque, estarán sujetos al reglamento que se establezca, y caducarán por expiración de los términos, contados desde que el testador desembarcarse en puerto donde pueda testar en la forma ordinaria.

Art. 731. Si hubiere peligro de naufragio, serían válidos los testamentos otorgados por los tripulaciones y pasajeros de los buques de guerra, en el mismo modo que se dispone en el art. 720.

Sección novena.

Del testamento hecho en país extranjero.

Art. 732. Los españoles podrán testar fuera de España en la forma ordinaria, sujetándose á las formas establecidas por las leyes de los países en que se hallen.

También podrán testar en alta mar, durante su viaje, en un buque extranjero, con sujeción á las leyes de los países á los que el buque pertenezca.

Podrán asimismo hacer testamento ológrafo en buque, en el artículo 688 sin el requisito de papel sellado, aun en los países que no admitan dicho testamento.

Art. 733. No será válido en España el testamento otorgado en extranjero, si no fuere en la forma establecida por las leyes de los países en que se hallen.

por el art. 669, que los españoles otorguen en aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde rado.

mbién podrán los españoles que se encuentren en otorgar su testamento, abierto ó cerrado, ante el tico ó consular de España residente en el lugar o.

as, dicho Agente hará las veces de Notario, y se ectivamente todas las formalidades establecidas quinta y sexta de este capítulo, no siendo, sin ría la condición del domicilio en los testigos.

Agente diplomático ó consular remitirá, autori- ra y sello, copia del testamento abierto, ó del iento del cerrado, al Ministerio de Estado para en su Archivo.

Agente diplomático ó consular, en cuyo poder do su testamento ológrafo ó cerrado un español, nisterio de Estado cuando fallezca el testador, o de defunción.

de Estado hará publicar en la *Gaceta de Madrid* lecimiento, para que los interesados en la heren- ger el testamento y gestionar su protocolización enida.

Sección décima.

revocación é ineficacia de los testamentos.

las las disposiciones testamentarias son esencial- s, aunque el testador exprese en el testamento su ucción de no revocarlas.

or no puestas las cláusulas derogatorias de las turas, y aquellas en que ordene el testador que cación del testamento si no la hiciere con ciertas es.

testamento no puede ser revocado en todo ni en as solemnidades necesarias para testar.

testamento anterior queda revocado de derecho perfecto, si el testador no expresa en éste su vo- qué subsista en todo ó en parte.

Sin embargo, el testamento anterior recobra su fuerza si el testador revoca después el posterior, y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero.

Art. 740. La revocación producirá su efecto aunque el segundo testamento caduque por incapacidad del heredero ó de los legatarios en él nombrados, ó por renuncia de aquél ó de éstos.

Art. 741. El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal, aunque se revoque el testamento en que se hizo.

Art. 742. Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas ó los sellos quebrantados, ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas que lo autoricen.

Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento de testador, ó hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta ó quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez.

Si el testamento se encontrare en poder de otra persona, se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquél válido como no se pruebe su autenticidad, si estuvieren rota la cubierta ó quebrantados los sellos; y si una y otros se hallaren íntegros, pero con las firmas borradas, raspadas ó enmendadas, será válido el testamento, como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el mismo testador.

Art. 743. Caducarán los testamentos, ó serán ineficaces en todo ó en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código.

DICE GENERAL

CÓDIGO CIVIL

o entre las materias comprendida
del lib. III del Código) y los proye
digos extranjeros.....

LIBRO TERCERO

sucesiones.—Disposiciones genera

Art. 659, pág. 103 Art. 661, pág.
» 660, » 111

CAPÍTULO PRIMERO

.....
la capacidad para disponer por te
.....

Art. 664, pág. 156 Art. 666, pág.
» 665, » 156

» los testamentos en general.....

Art. 670, pág. 182 Art. 673, pág.
» 671, » 184 » 674, »
» 672, » 202 » 675, »

la forma de los testamentos.....

Art. 680, pág. 249 Art. 684, pág.
» 681, » 265 » 685, »
» 682, » 267 » 686, »
» 683, » 268 » 687, »

Sección cuarta.—Del testamento ológrafo..

Art. 688, pág. 353 Art. 690, pág. 381 Art.
 » 689, » 354 » 691, » 381 »

Sección quinta.—Del testamento abierto...

Art. 694, pág. 414 Art. 698, pág. 455 Art.
 » 695, » 415 » 699, » 462 »
 » 696, » 416 » 700, » 469 »
 » 697, » 438 » 701, » 475 »

Sección sexta.—Del testamento cerrado....

Art. 706, pág. 515 Art. 710, pág. 549 Art.
 » 707, » 517 » 711, » 549 »
 » 708, » 536 » 712, » 557 »
 » 709, » 540

Sección séptima.—Del testamento militar...

Art. 716, pág. 593 Art. 718, pág. 611 Art.
 » 717, » 596 » 719, » 620 »

Sección octava.—Del testamento marítimo..

Art. 722, pág. 638 Art. 726, pág. 653 Art.
 » 723, » 639 » 727, » 660 »
 » 724, » 649 » 728, » 660 »
 » 725, » 652

Sección novena.—Del testamento hecho en p

Art. 732, pág. 679 Art. 734, pág. 690 Art.
 » 733, » 680 » 735, » 691

*Sección décima.—De la revocación é ineficacias
 mentos.....*

Art. 737, pág. 704 Art. 740, pág. 721 Art.
 » 738, » 712 » 741, » 722 »
 » 739, » 714

DICE UNICO

Págs.

as. (Ley de Enjuiciamiento	741
bienes á que estén llamadas	
in designación de nombres.	
iento civil.).....	751
á escritura pública el testa-	
echo de palabra. (Ley de En-	
.....	757
testamentos cerrados y protocoli-	
orias testamentarias. (Ley de	
il.).....	759
— Ley de 15 de Septiembre	
por las de 5 de Agosto de 1893,	
25, 21 de Agosto de 1896 y ar-	
30 de igual mes y año. (Dispo-	
á los testamentos.)... ..	764
sión de bienes y derechos rea-	
de 1.º de Septiembre de 1896.	
cables á los testamentos.)....	765
ilitar.— <i>Trat. III, tit. XXVII.</i>	
ntos de carácter civil.— De la	
abintestatos de los militares....	773
y atribuciones de los Tribuna-	
10 de Noviembre de 1894.—	
— De la competencia de la ju-	
na en materia civil.....	775
<hr/>	
del Código civil que contiene	
.....	777

$$\frac{d}{dt} \left(\frac{\partial L}{\partial \dot{x}} \right) = \frac{\partial L}{\partial x}$$

INDICE ALFABÉTICO

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
A			
Acción de nulidad.....	673	»	220
Acción de petición de herencia..	661	»	122
Acciones que competen al heredero.....	661	»	122
Acción publiciana ejercitada por el heredero.....	661	»	123
Acción reivindicatoria ejercitada por el heredero.....	661	»	123
Acuerdo judicial sobre la protocolización del testamento ológrafo.....	693	»	402
Acta de otorgamiento del testamento militar cerrado....	721	»	625
Acta de otorgamiento en el testamento cerrado... ..	707	»	517
Acto personalísimo.....	670	»	182
Adjudicación de bienes á que estén llamadas varias personas sin designación de nombres. (Ley de Enjuiciamiento civil.)	»	Único.	751
Albacea. Puede presentar el testamento ológrafo.....	690	»	381
Alemania. Estudio comparativo.	»	»	17
Alemania. Proyecto de Código civil.....	»	»	17
Amannenses del Notario autorizante.....	681	»	301

CÓDIGO CIVIL

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
muñenses del Notario autori- nte. No pueden ser testigos los testamentos que aquél torico	681	»	265
tación de las palabras en- endadas, tachadas ó entre- englonadas en el testamento ógrafo	■	»	354
cedentes históricos acerca la unidad de acto en los stamentos.....	699	»	463
cedentes históricos de la re- cación de los testamentos..	»	»	701
cedentes históricos del tes- tamento de mancomún.....	669	»	185
cedentes históricos del tes- tamento ológrafo.....	»	»	340
cedentes históricos del tes- tamento por comisario.....	670	»	192
cedentes romanos de las for- as de testar.....	676	»	249
» quién debe ser otorgado el stamento militar... ..	716	»	594
del otorgamiento. Su expre- ón en el testamento abierto.	695	»	415
rtura de la herencia (proyec- de 1851).....	»	»	6
rtura del testamento cerrado.	714	»	576
amen de los testigos.....	691	»	381
rtura del testamento oló- afo.....	»	»	»
rtura de testamentos cerra- s y protocolización de las amorias testamentarias.....	»	Único.	759
ciación de la capacidad de s testigos por el tiempo en le el testamento se otorga..	683	»	268
rtura y protocolización de los stamentos cerrados	714	»	568
ociación de la capacidad del stador	686	»	162
ociación de la capacidad del			

ERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
leio del Notario	685	»	321
cial de la identi-	693	»	383
mento.....	741	»	723
ción de los testa-	704	■	500
tos para la efica-	735	»	691
ento otorgado en	692	»	382
nia.....	674	»	221
inisterio de Es-	742	■	727
tamentos remi-	693	»	401
gentes diplomá-	»	»	23
res.....	729	»	661
la citación para	710	»	549
ción del testa-			
o.....			
del dolo, la vio-			
lde en los testa-			
.....			
. testamento ce-			
ad de su prueba			
iere rota la cu-			
él en los casos			
presume revoca-			
.....			
io de la proto-			
testamento oló-			
recurso de alza-			
.....			
quien se ha de			
ento en caso de			
igro de muerte.			
ían.....			
tima local. En-			
amento ológrafo			
ho á bordo del			
.....			
protocolización			
o cerrado.....			

MATERIAS	Artículos
B	
Bélgica. Estudio comparativo...	»
Beneficio de deliberar.....	659
Beneficio de inventario	659
Buque español. Testamento otorgado á su bordo por un súbdito extranjero.....	728
C	
Caducidad de los testamentos...	743
Caducidad de los testamentos marítimos abiertos y cerrados.	730
Caducidad de los testamentos militares.....	719
Caducidad del testamento otorgado en inminente peligro de muerte. Proyecto de Alemania.	»
Calificación de la edad en los testigos. Proyecto de 1851.....	»
Cantidad legada de poca importancia... ..	682
Capacidad de los dementes en un intervalo lúcido.....	665
Capacidad de los testigos determinada por el instante del otorgamiento del testamento..	683
Capacidad del testador.....	666
Capacidad legal del testador....	685
Capacidad necesaria para otorgar testamento cerrado.....	707
Capacidad de los religiosos profesos para disponer <i>mortis causa</i>	663
Capacidad para disponer por testamento. (Código de Italia)..	»
Capacidad para disponer por testamento. (Código de Portugal.).	»

IAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
sponer por tes- ligos belga y	»	»	30
sponer por tes- ón primera, tí- [.....	»	»	127
otorgación del rafo.....	680	»	353
testar. (Código	»	»	64
testar. (Código	»	»	73
star en el dere-	663	»	153
star. Proyecto	»	»	20
locos ó demen- ar. Proyecto de	»	»	15
le la capacidad	663	»	137
ento otorgado buque extran- añol.....	732	»	684
ción por parte apertura de un ado, hasta épo-	714	»	578
ación de testa- el Notario es los daños.....	705	»	504
militares pue- tamento oral..	720	»	624
le otorgarse tes- r.....	716	»	594
estamento otor- extranjera debe arse en español.	684	»	314
nento otorgado lemia.....	701	»	482
nento otorgado pidemia.....	704	»	502

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
Causas de incapacidad ya aboli- das para ser testigos en los tes- tamentos	682	»	305
Cédulas privadas	672	»	202
Certificado de defunción. Deberá remitirse al Ministerio de Es- tado por el Agente diplomático ó Consular, cuando el testador fallezca en el extranjero	736	»	691
Ciegos. ¿Pueden otorgar testa- mento ológrafo?	688	»	366
Ciegos. Su incapacidad para otor- gar testamento cerrado	708	»	536
Ciegos totalmente	681	»	287
Ciegos. No pueden ser testigos en los testamentos	681	»	265
Ciegos. Su testamento	698	»	455
Circunstancia de la no identifica- ción de la persona del testador. Su expresión en el testamento	686	»	322
Circunstancias que hacen inefi- caz el testamento militar oral	720	»	624
Citación del cónyuge sobrevi- viente	692	»	382
Citación del cónyuge sobrevi- viente, descendientes y ascen- dientes legítimos del testador	693	»	396
Citación de los ascendientes y descendientes para la protoco- lización del testamento oló- grafo	692	»	382
Citación de los hermanos en de- fecto de ascendientes y descen- dientes para la práctica de las diligencias de protocolización del testamento ológrafo	692	»	382
Cláusulas <i>ad cautelam</i> . Derecho transitorio	737	»	712
Cláusulas <i>ad cautelam</i> . Legisla- ciones forales	737	»	711
Cláusulas <i>ad cautelam</i> . Su discu- sión en el Senado español	737	»	709

	Páginas
	704
	704
	255
	17
	77
	26
	26
	773
	260
	408
	775
	381
	311
	139
	111
	724
	103
	465
	214
	111
	165

MATERIAS	Artículos.
Concepto del testamento abierto.	679
Concepto del testamento cerrado.	680
Concepto del testamento oló- grafo.. .. .	673
Concepto etimológico de la voz heredero.....	660
Conciliación de los artículos 699 y 696.....	699
Condenados por delito de false- dad	681
Condenados por delito de falsifi- cación de documentos públicos ó privados ó por el de falso tes- timonio. No pueden ser testi- gos en los testamentos.....	681
Condiciones necesarias para la validez de los testamentos ce- rrados otorgados por los sordo- mudos y los que no puedan hablar, pero sí escribir.....	709
Condiciones que deben concurrir en el Notario autorizante del testamento abierto.....	694
Condiciones que han de concu- rrir en los testigos instrumen- tales para su idoneidad.....	694
Condiciones requeridas para ser testigo testamentario. (Proyec- to de 1851.).....	»
Conformidad de la intención del testador, con el tenor del tes- tamento	675
Conocimiento del testador por el Notario.....	685
Conocimiento del testador por los testigos cuando no inter- venga Notario en los testamen- tos otorgados en peligro de muerte y en tiempo de epide- mia.....	685
Conservación del testamento ce- rrado.....	711

VERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
de críticas acerca to ológrafo.....	»	»	342
de índole gene la testamentifac- teramente sordos.	697	»	439
de índole gene la testifacción en tos.....	681 al 683	»	268
es generales acer- quisitos que deben la redacción del ológrafo.....	688	»	356
es generales sobre de testar.....	662	»	133
es generales sobre ción de los testa-	675	»	230
es generales sobre ntos. (Código de	»	»	43
es generales sobre ntos. (Código de	»	»	59
es histórico-lega- el testamento del	698	»	456
a herencia. Bienes. obligaciones.....	659	»	103
las memorias tes-	672	»	210
testamento.....	1177	»	172
rviviente. Su cita- senciar la práctica encias de protoco- testamento oló-	692	»	332
testamento ológrafo	1123	»	405
en el testamento odo de salvarlas.. l de letras en el ológrafo.....	688	»	354
	693	»	395

MATERIAS	Artículos.
Cotejo pericial para acreditar la identidad del testamento ológrafa.	691
Criados del Notario autorizante.	681
Criados del Notario autorizante. No pueden ser testigos en los testamentos que aquél autoriza.	681
Crítica de las cláusulas derogatorias y <i>ad cautelam</i>	737
Crítica de la sentencia de 18 de Junio de 1896, excluyente de una declaración sobre lo que debe entenderse por enteramente sordo.	697
Crítica del testamento de mancomún.	669
Crítica del testamento por comisario.	670
Cualidades de los testigos del testamento abierto.	604
Cuándo podrá decirse que existe epidemia.	701
Cubiertas del testamento cerrado. Su rotura lleva aneja la presunción de revocación.	742
Cuestiones relacionadas con las solemnidades ó requisitos del testamento ológrafa.	668
Custodia del testamento marítimo abierto.	724
Custodia del testamento ológrafa marítimo.	729
D	
Declaración de fe religiosa en los testamentos.	428
Deficiencias del art. 727.	727
Definición del testamento.	667
Definición del testamento abierto	679

ÍNDICE ALFABÉTICO

RIAS	Artículos.	Apéndices.	P
testamento ce-	680	»	241
testamento oló-	678	»	
anas del testa-	667	»	
a de la herencia	659	»	
para disponer			
. Códigos belga		»	
es como conte-	659	»	
ncia.....			
surte el deposi-			
r de un testa-	711	»	
en caso de des-			
tación de aquél	659	»	
no contenido de	659	»	
como contenido			
atos. Proyecto	»	»	
ador. La rotura			
del testamento			
en dicho estado	742	»	
cación.....	665	»	
ueden ser testi-	681	»	
mentos.....			
a identidad del	693	»	
grafo.....			
protocolización	693	»	
ológrafo.....			
. Notario auto-	681	»	
Notario auto-			
den ser testigos	681	»	
atos.....			
españoles para	732	»	
extranjero.....			
del testamento	»	»	

MATERIAS	Artículos
Derecho foral. Del testamento militar.....	»
Derecho foral. Elevación á escritura pública del testamento otorgado en tiempo de epidemia.....	704
Derecho foral. Testamento otorgado en caso de epidemia....	701
Derechos de una persona que no se extinguen por su muerte...	659
Desarrollo histórico del testamento cerrado.....	»
Descendientes. Su citación para la protocolización del testamento ológrafo.....	692
Designación de facultativos por el Notario autorizante del testamento de un loco en un intervalo lúcido.....	665
Determinación de la capacidad del testador por razón del estado en que se hallare al tiempo de otorgar testamento....	666
Determinación de la procedencia del testamento militar.....	716
Determinación de las sucesiones. (Códigos belga y francés.)....	»
Día del otorgamiento. Su expresión en el testamento abierto.	695
Diario de navegación. Mención del fallecimiento del testador á bordo del buque y de haber recogido su testamento ológrafo ó cerrado.....	729
Dictamen de facultativos para acreditar la capacidad del demente en un intervalo lúcido.	665
Diferentes acepciones con que en Roma se distinguían los varios modos de invalidación de los testamentos.....	»
Diferentes maneras de otorgar	

LAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
lugar aislado			
proyecto alemán	»	»	23
excolización del			
afo.....	689	»	377
ores á la auto-			
mento cerrado	710	»	550
linares subsi-			
sentación del			
afo.....	693	»	388
bienes por el			
de herencia ó			
.....	668	»	177
última volun-			
mán.).....	»	»	18
rales sobre tes-			
to de Italia.)..	»	»	44
erales sobre			
Código de Por-			
tugal.).....	»	»	58
Disposiciones preliminares sobre			
testamentos. (Código de Mé-			
jico.).....	»	»	72
Distinción de los conceptos lega-			
les de heredero y legatario, de-			
terminada por la intención del			
testador.....	661	»	115
Distinción jurídica entre el here-			
dero y el legatario...	660	»	114
Diversas causas de nulidad de			
los testamentos. (Proyecto ale-			
mán.).....	»	»	24
División del testamento común.	676	»	246
División del testamento especial.	676	»	247
División de las formas del testa-			
mento.....	676	»	246
Doble lectura del testamento de			
los ciegos.....	698	»	455
Documentos presentados por el			
testador para identificar su			
persona.....	686	»	322
Dolo en el presentante del testa-			
mento ológrafo.....	693	»	387

MATERIAS	Ar
Dolo en el testamento.....	
Dolo. Su concepto con relación al testamento.....	
Dolo. Sus varios aspectos con relación á los testamentos.....	
Domiciliados.....	
Domiciliados. No pueden ser testigos en los testamentos los que no lo estén en el lugar de la otorgación.....	
Domicilio del testador á los efectos de la revocación de un testamento cerrado que se hallase en aquél con la cubierta rota, quebrantados los sellos ó raspadas ó enmendadas las firmas.	
Domicilio último del testador á los efectos de la presentación al Juzgado del testamento ológrafo.....	
Duda en la inteligencia de un testamento.....	

E

Efectos persistentes de la revocación de los testamentos.....	
Ejecución del acuerdo judicial referente á la protocolización del testamento ológrafo.....	
Elección de tutor y protutor en testamento.....	
El testamento marítimo en el <i>Digesto</i>	
El testamento marítimo en la legislación española.....	
El testamento marítimo en la legislación foral.....	
El testamento militar en el derecho foral.....	

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
to militar en el Fuero	»	»	587
to militar en la legis- fonsina.....	»	»	587
to militar en Roma..	»	»	584
les mentales que pri- testamentifacción...	663	»	141
nto civil. (Testamen-	»	Único.	741
de palabras en el tes- lógrafo.....	688	»	354
e sordo.....	697	»	438
testador del testa- rado.....	710	»	550
onaduras en el testa- lógrafo.....	688	»	354
.....	701	»	475
in de los dos sexos respecta á la capaci- star.....	663	»	138
mal.....	»	»	676
rsonal.....	»	»	677
de la voz «nuncupa- aplicación al testa-	»	»	410
tico del art. 697.....	697	»	441
testigos en la aper- testamento cerrado .	714	»	576
al principio de que car un testamento se otorgar otro perfecto	742	»	729
de protocolización del toológrafo.....	693	»	388
le la voluntad por el en el testamento	695	»	415
por el Notario en el toabierto de la capa- testador.....	695	»	415
. Podrán otorgar tes- ológrafo en su propio	688	»	354

MATERIAS	Artículos.
Extranjeros. ¿Pueden ser testigos testamentarios?.....	681
Extranjeros. Testamento en lengua extranjera.....	684
Extraterritorialidad. Su ficción.	734
Estudio comparativo entre las materias comprendidas en este tomo (tit. III del lib. III del Código) y los proyectos de 1851 y 1882 y Códigos extranjeros..	»
Etimologías de la palabra «heredero».....	660
Excepciones á la capacidad de testar.....	663
F	
Facultad del testador de poder entregar á persona de su confianza, para su custodia, el testamento cerrado que haya otorgado.....	711
Facultativos.....	665
Fallecimiento del testador en el extranjero. Publicación de la noticia en la <i>Gaceta de Madrid</i> .	736
Falsificación de documentos públicos ó privados. Los condenados por estos delitos no pueden ser testigos en los testamentos.....	681
Falso testimonio. Los condenados por este delito no pueden ser testigos en los testamentos.	681
Fecha del testamento ológrafo..	688
Fe de conocimiento del testador.	685
Fe de conocimiento del testador y de los testigos.....	699
Fe notarial de haberse cumplido las formalidades del testamento abierto.....	699

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
rial de las solemnidades mentarias.....	690	»	467
de la extraterritorialidad	734	»	692
del testamento abierto por tador y los testigos.....	695	»	415
del testamento ológrafo. r en que debe ponerse...	698	»	371
del testamento cerrado. mienda ó raspadura lie- neja la presunción de re- ción.....	742	»	727
de determinados testa- os: proyecto alemán.....	»	»	23
idades de esencia en la ción del testamento. Su trae aparejada nulidad..	687	»	335
idades de los testamentos s españoles otorgados en tranjero y ante el Agente mático ó Consular de Es-	734	»	690
idades del testamento de egos.....	698	»	455
idades del testamento he- en inminente peligro de te: proyecto alemán.....	»	»	23
idades del testamento no- ó judicial: proyecto ale-	»	»	20
idades del testamento afo.....	688	»	353
idades del testamento proyecto de Alemania...	»	»	21
idades subsiguientes á la ntación del testamento afo.....	693	»	388
ización de los testamentos res.....	718	»	611
ización del testamento timo.....	725 y 726	»	652 y 653
de los testamentos. Códig- elga y francés.....	»	»	III

MATERIAS	Artículos
Formas de los testamentos. Código de Italia.....	»
Formas de los testamentos. Código de Guatemala.....	»
Formas de los testamentos. Código de Méjico	»
Formas de los testamentos. Código de Portugal.....	»
Formas de los testamentos. Libro III, tít. III, cap. I, sección 3.ª.....	»
Formas de los testamentos. Proyecto de Alemania.....	»
Formas de los testamentos. Proyecto de 1851.....	»
Formas de testar. Antecedentes patrios	676 al 680
Formas de testar. Antecedentes romanos.....	676 al 680
Formas de testar según las legislaciones forales.....	676 al 680
Formas en que debe otorgarse el testamento marítimo.....	722
Francia: estudio comparativo...	»
Fraude en el testamento.....	673
Fraude. Su concepto con relación al testamento.....	673
Fraude. Sus varios aspectos con relación al testamento.....	674
Funciones notariales de los Agentes Diplomáticos ó Consulares de España.....	731
G	
<i>Gaceta de Madrid.</i> Noticia del fallecimiento del testador en país extranjero	736
Garantías que debe reunir la	

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
erta del testamento ce- del testamento cerrado.	707 711	» »	528 549
H			
o abintestato.....	661	»	117
o. Puede presentar el tes- to ológrafo.....	690	»	391
os forzosos.....	661	»	118
os instituidos.....	682	»	303
os. No pueden ser testi- n el testamento en que instituidos.....	682	»	307
os voluntarios.....	661	»	118
o testamentario.....	661	»	117
a por testamento. Pro- de 1851.....	»	»	7
as. Proyecto de 1851...	»	»	6
a yacente.....	659	»	105
gítimo. Su reconocimien- pierde su fuerza legal se se revoque el testa- en que se hizo.....	741	»	722
de la legislación civil to de la capacidad para de los religiosos pro	601	»	151
de las formas de testa- facción.....	676 al 680	»	249
del testamento.....	667	»	168
del testamento cerrado.	»	»	512
del testamento marí-	»	»	635
del testamento mili-	»	»	584
del testamento que se t en tiempo de epide-	701	»	476
legal de las memorias entarias.....	672	»	204

MATERIAS	Artículo
Hora del otorgamiento. Su expresión en el testamento abierto.....	695
I	
Identidad del testador. Su prueba	686
Identidad del testamento ológrafo.....	691
Identidad del testamento ológrafo. Su demostración.....	693
Identificación de la persona del testador.....	685
Idoneidad de los testigos en el testamento abierto.....	694
Ignorancia de la escritura por el testador. Modo de suplirla....	695
Ignorancia del idioma del testador. No pueden ser testigos los que no entiendan dicho idioma....	681
Ignorantes del idioma del testador....	681
Ilicitud de las interrupciones en el testamento abierto, contrarias á la unidad de acto.....	699
Imposibilidad del testador para firmar su testamento abierto..	695
Impugnación del testamento en casos de nulidad. Invalidez de su prohibición.....	675
Impugnación del testamento por la no identificación del testador.....	686
Incapacidad de los ciegos para hacer testamento cerrado....	708
Incapacidad de los herederos ó legatarios instituidos en un segundo testamento. No revoca el anterior.....	740

ÍNDICE ALFABÉTICO

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas
Incapacidad de los herederos para ser testigos en el testamento en que fueren instituidos.....	682	»	267
Incapacidad de los legatarios para ser testigos en el testamento en que fueren instituidos.....	682	»	267
Incapacidad de los menores de catorce años para otorgar testamento.....	663	»	130
Incapacidades para la testificación en las disposiciones de última voluntad.....	681 al 683	»	271
Incapacidad de los testigos.....	683	»	266
Incapacidades para ser testigos en los testamentos.....	681 y 682	»	265 y
Incapacidades para testar, ya abolidas.....	663	»	146
Incapacidad para otorgar memorias testamentarias de los menores de veintitrés años.....	672	»	206
Incapacidad para otorgar testamento cerrado de los que no sepan ó no puedan leer.....	708	»	536
Incapacidad para ser testigos en los testamentos, de los parientes de los legatarios ó herederos instituidos, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad....	682	»	267
Incapacidad para testar de los que habitual ó accidentalmente no se encontrasen en su sano juicio.....	663	»	136
Incapacidad para testificar en testamento. Causas ya abolidas.	682	»	305
Incapacitados para hacer testamento cerrado.....	708	»	536
Indicaciones históricas acerca de la testamentifacción de los enteramente sordos.....	697	»	440

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Indicaciones históricas de las solemnidades y clases de testamento.....	676 al 680	»	249
Ineficacia de la prohibición de impugnar el testamento.....	675	»	243
Ineficacia de los testamentos... 743	743	»	701 y 735
Ineficacia de los testamentos. (Código de Italia.).....	»	»	52
Ineficacia de los testamentos. (Código de Portugal.).....	»	»	63
Ineficacia de los testamentos. (Códigos de Francia y Bélgica.).....	»	»	40
Ineficacia de los testamentos. Proyecto de 1851.....	»	»	15
Ineficacia del testamento militar oral.....	720	»	624
Ineficacia del testamento otorgado en caso de epidemia sin intervención de Notario.....	704	»	484
Ineficacia del testamento otorgado en país epidemiado.....	703	»	483
Inhabilidad de los testigos con relación al tiempo en que se otorga el testamento.....	683	»	268
Identificación de la persona del testador.....	686	»	322
Insanidad mental. No pueden ser testigos en los testamentos los que no estén en su sano juicio.....	681	»	265
Inteligencia de las disposiciones testamentarias.....	675	»	228
Intención del testador. Su apreciación según el tenor del testamento.....	675	»	228
Interdicción civil. Los incursos en esta pena no pueden ser testigos en los testamentos...	681	»	265
Interpretación del art. 733.....	733	»	688
Interpretación de los testamentos.....	675	»	228

AS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
de testamen- ta anterior al	675	»	235
de testamen- Alemania... de testamen-	» 675	» »	19 232
ntados.....	684	»	315
esidad en el do en lengua	684 665	» »	314 156
udio de las	»	»	77
conocimiento ral hecho en do éste se	741	»	726
posición en rohiba que se mento cuando eclarada por	675	»	228
áusulas dero- disposiciones cláusulas ad	737	»	704
ontra lo acor- te respecto de in del testa-	693	»	383
Tribunal Su- cláusulas de- autelam.....	737	»	710
rente á la in los testamen-	675	»	235

MATERIAS

L

as instituciones testame
 condicionales no alter
 principio establecido en
 título 657.....
 actura doble del testame
 los ciegos.....
 actura en alta voz del
 mento abierto.....
 egatario. Puede presen
 testamento ológrafo....
 egatarios instituidos...
 egatarios. No pueden ser
 gos en el testamento e
 fueren instituidos.....
 egatarios. Pueden ser te
 en los testamentos es
 fueren instituidos cuan
 legado sea de alguna
 mueble ó cantidad de
 importancia con relaci
 caudal hereditario.....
 nguaje del testador. No
 den ser testigos los que
 entiendan... ..
 bro III, tit. III, cap. I, s.
 4.º Del testamento ológr
 citud de las interrup
 motivadas por accidente
 jero. No son contrarias
 unidad de acto.....
 teralidad interpretativa
 tamento.....
 cos, dementes y monon
 cos.....
 cos. No pueden ser testig
 los testamentos
 e ciegos, ¿pueden testar
 formas abreviadas y men
 lemnas previstas para los

	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
uerte	698	»	459
á los			
ón al			
oló			
.....	699	»	354
.....	694	»	414
.....			
.....	669	»	182
orgar	688	»	888
.....			
a ley			
esta	711	»	554
.....	672	»	202
.....			
m las	672	»	211
.....			
. Su	672	»	210
.....			
. Su	672	»	210
.....	681	»	270
.....			
pre			
erto.	695	»	415
.....			
del			
eden			
les?	716	»	597
para			
ncias			
esta			
ncia,			
ren			
tima			
.....	692	»	888
.....			
n el			
n vi-			
res-			
n del			
.....	742	»	732

MATERIAS	Artículos
Modo de adquirir el dominio por herencia. Código de Guatemala	»
Modo de cerrar el testamento..	70
Modo de contar el plazo de caducidad de los testamentos marítimos	73
Modo de elevar á escritura pública el testamento ó codicilo hecho de palabra.....	»
Modos expresos y presuntos de revocar un testamento.....	73
Modos totalmente.....	68
Modos totalmente. No pueden ser testigos en los testamentos.	68
Mujeres.....	681 al
Mujeres. No pueden ser testigos en los testamentos.....	68

N

Naturaleza jurídica del testamento.	66
Naufragio.....	73
Navarra. Revocación de los testamentos.....	74
Navarra. Testamento otorgado en tiempo de epidemia.	70
Necesidad de indicar en el testamento cerrado el lugar, día, mes y año en que se otorga..	70
Noción del testamento abierto..	69
Notaría correspondiente para la protocolización del testamento ológrafo.....	69
Notario. Debe asegurarse de la capacidad del testador, apreciada según su juicio	68
Notario hábil en el lugar del otorgamiento del testamento abierto.....	69

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
ario hábil en el testamento			
bierto.....	694	»	414
icia de la muerte del testador	690 y 693	»	381 y 386
vecinos ó domiciliados en el			
ugar de la otorgación del tes-			
tamento	681	»	265
idad de los papeles y cédulas			
rivadas sobre institución de			
eredero, mandas ó legados, si			
n ellos no concurren los requi-			
tos del testamento ológrafo.	672	»	202
idad de los testamentos.....	687	»	335
idad de los testamentos. No			
nede declararse de oficio....	687	»	336
idad de los testamentos. Pro-			
ecto alemán.....	»	»	19
idad de los testamentos de			
ancomún. (Código de Guate-			
mla.).	»	»	66
idad del testamento cerrado.	715	»	580
idad del testamento cerrado			
torgado por los ciegos y por			
s que no puedan ó no sepan			
er.	708	»	536
idad del testamento hecho			
n violencia, dolo ó fraude.			
Código de Portugal.).....	»	»	55
idad del testamento manco			
unado.....	733	»	680
idad del testamento manco-			
unado. (Código de Méjico.)..	»	»	73
idad del testamento otorgado			
n violencia, dolo ó fraude...	673	»	212
idad del testamento otorgado			
n violencia, dolo ó fraude.			
Código de Méjico.).....	»	»	73
idad ó ineficacia del testa-			
mento otorgado en caso de epi-			
emia.	703	»	483

MATERIAS	Artículos.
O	
Objeto de la intervención de los parientes en el expediente de protocolización del testamento ológrafo	693
Objeto mueble legado de poca importancia,	682
Obligaciones de los depositarios de testamentos cerrados á la muerte del testador.....	712
Obligaciones que no se transmiten al sucesor por el hecho de la muerte del causa-habiente.....	659
Observaciones oportunas sobre la identidad del testamento...	693
Observaciones verbales sobre la autenticidad del testamento ológrafo	692
Ológrafo.....	688
Opiniones de los tratadistas extranjeros acerca del testamento cerrado otorgado por los ciegos.	708
Oposición á la protocolización del testamento ológrafo.....	693
Origen del testamento cerrado..	»
Origen del testamento otorgado en tiempo de epidemia.....	701
Otorgación del testamento del ciego.....	698
Otorgamiento del testamento cerrado.....	707
Otorgamiento de testamento en país invadido por alguna epidemia	701
Otorgamiento del testamento en peligro de muerte.....	700
Otorgamiento del testamento militar	716

TERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
del testamento	698	»	353
del testamento	694	»	414
P			
endadas, entrerren-			
tachadas en el tes-			
grafo.	688	»	354
los.	672	»	202
Es necesario para			
ento del testamen	688	»	353
Notario autori	681	»	301
Notario autorizan-			
el cuarto grado de			
idad ó segundo de			
o pueden ser testi			
testamentos que	681	»	265
íce.	662	»	303
os herederos y le-			
stituidos.			
as parientes dentro			
grado de consan-			
segundo de afini-			
legatarios y here-			
ueden ser testigos			
nento en que aqué-	682	»	267
instituidos.			
tripulantes de un			
icante. Sus testa-	731	»	670
caso de naufragio..	731	»	670
ufragio.	700	»	471
ente de muerte.			
rdicción civil. Los			
a sufriendo no pue-			
stigos en los testa-	681	»	265

MATERIAS	Artículos.	Apéndices	Páginas.
Penados con la interdicción civil.	681	»	293
Pena en que incurren los que con dolo dejen de presentar al Juez el testamento cerrado que obre en su poder, dentro del plazo fijado.	713	»	558
Pena en que incurren los que rompan ó inutilicen dolosamente un testamento cerrado.	713	»	559
Pena en que incurren los que sustrajeren dolosamente el testamento cerrado de la persona que lo tenga en guarda ó en depósito.	713	»	558
Pena en que incurren los que sustrajeren dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador.	713	»	558
Penalidad de la violencia, del dolo y del fraude.	674	»	221
Perfección del testamento hecho en país extranjero. (Proyecto alemán).	»	»	24
Perfectibilidad del testamento posterior para derogar el anterior.	738	»	712
Personas ante quienes debe otorgarse el testamento militar.	716	»	594
Personas ante quienes se debe otorgar el testamento marítimo.	722	»	639
Persona ante quien pueden los militares otorgar testamento cerrado.	717	»	596
Persona ante quien se debe testar en caso de peligro inminente de muerte: proyecto alemán.	»	»	23
Persona del testador. Modo de suplir la identificación.	686	»	322
Persona en cuyo poder se halle			

ATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
o el testamento oló	690	■	381
d de la herencia como			
arídica capaz de re-			
derechos y obliga-	659	»	105
erencia yacente.....			
e pueden otorgar el	688	»	353
o ológrafo.. ..			
se pueden presentar	690	»	381
nto ológrafo.....			
ne tienen derecho á			
el testamento oló-	693	»	380
.....			
que deben ser presen-			
tez los testamentos			
i la muerte del tes-	712	»	517
.....			
la presentación del	690	»	381
o ológrafo.....			
n del testamento oló-	689	»	354
.....			
n del testamento oló-	690	»	381
uzgado.....			
de la revocación de	742	■	727
ientos			
de la voluntad del	675	»	228
.....			
de que el vicio que se			
n testamento cerrado			
le la tercera persona	742	»	727
oder se encuentra...			
la revocabilidad tes-			
ia. Su manifestación	737	»	706
ón histórica.			
le interpretación con-	675	»	240
a el Código civil....	674	»	212
e herencia.....			
del testamento mari-	»	»	634
.....			
del testamento mi	»	»	584
.....			
relacionados con la			

MATERIAS

otorgación del testamento oló-
 grafo
 Prohibición de dejar al arbitrio
 de un tercero la subsistencia
 del nombramiento de herede-
 ros ó legatarios.....
 Prohibición de dejar la designa-
 ción de las porciones de los
 herederos al arbitrio de un ter-
 cero.....
 Prohibición de dejar la formación
 del testamento ó parte de él al
 arbitrio de un tercero.....
 Prohibición del testamento de
 mancomún.....
 Prohibición del testamento man-
 comanado.....
 Prohibición del testamento man-
 comunado. (Código de Portu-
 gal.).....
 Prohibición del testamento por
 Comisario. (Código de Méjico.)
 Prohibición del testamento por
 Comisario ó mandatario.....
 Prohibición de ser testigo en los
 testamentos.....
 Prohibiciones impuestas á los
 Notarios para actuar en el
 otorgamiento de testamentos
 por razón de residencia y de-
 marcación notarial.....
 Protocolización de las memorias
 testamentarias.....
 Protocolización del testamento
 cerrado.....
 Protocolización del testamento
 ológrafo... ..
 Protocolización del testamento
 ológrafo. ¿Podrá presentarse de
 oficio?.....
 Protocolización del testamento
 otorgado en caso de epidemia.

ICE ALFABÉTICO

	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
smán.	»	»	17
1.....	»	»	5
2.....	»	»	16
testa-			
osten-			
ento..	686	»	322
.....	693	»	390
mento.	123	»	661
testa			
.....	708	»	536
stigos			
yecto			
.....	»	»	24
stigos			
yecto			
.....	»	»	14
testa			
.....	716	»	594
en los			
(1851)	»	»	14
.....	662	»	129
para			
.)..	»	»	20
rapre-			
.....	714	»	578
de su			
testa-			
.....	695	»	413
dades			
.....			
emia.	701	»	475

MATERIAS	Artic.
Recibo que debe dar el Notario al que deposita en su poder un testamento cerrado.....	71
Reconocimiento de un hijo ilegítimo. No pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento.....	74
Reconocimiento de un hijo natural en testamento.....	66
Reconocimiento por el Notario en los testamentos cerrados, de su signo y rúbrica.....	71
Recurso de apelación contra el auto denegatorio de la protocolización del testamento ológrafo.....	69
Redacción de la escritura testamentaria.....	69
Redacción por escrito de los testamentos hechos sin intervención de Notario en peligro inminente de muerte y en tiempo de epidemia....	70
Redacción del testamento abierto.	69
Redacción doble del testamento otorgado en lengua extranjera	68
Redacción que debiera tener el artículo 697....	69
Referencias históricas acerca de la incapacidad de la mujer para ser testigo en los testamentos.	68
Registro de los testamentos otorgados en el extranjero (art. 7.º del Real decreto de 19 de Febrero de 1891).....	73
Registros notariales....	69
Reglas de interpretación de los testamentos.....	67
Rehenes y prisioneros. En caso de ser extranjeros, ¿pueden otorgar testamento militar?...	71
Remisión al Ministerio de Estado	

I.	Apéndices.	Páginas.
	»	601
	»	691
	»	661
	»	721
	»	386
	»	314
	»	353
	»	540
	»	281
	»	177
	»	228

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
cia la libre otorgación del testamento.....	674	»	212
Responsabilidad de daños y perjuicios por la no presentación en tiempo del testamento oló grafo.....	690	»	381
Responsabilidad de las terceras personas en cuyo poder se encontrare un testamento cerrado con vicio de los que acusan presunción de revocación.....	742	»	727
Responsabilidad de los Agentes diplomáticos ó consulares por malicia, negligencia ó ignorancia inexcusables en la otorgación de los testamentos hechos en país extranjero....	735	»	698
Responsabilidad de los depositarios de testamentos cerrados que no presenten éstos al Juez en el plazo marcado....	712	»	557
Responsabilidad de los Notarios en la otorgación de testamentos.....	705	»	504
Responsabilidad del que impidiere la libre otorgación de un testamento.....	674	»	223
Responsabilidad del tercero que intervenga en el dolo, fraude ó violencia cometidos en un testamento.....	674	»	227
Restricción introducida por la nueva edición del Código civil respecto de la capacidad para otorgar testamento.....	688	»	355
Revalidación del testamento anterior por la revocación del posterior perfecto si el testador declara expresamente que valga el primero.....	739	»	714
Revocabilidad de las disposiciones testamentarias.....	737	»	704

n.	Apéndices	Páginas.
	»	71
	»	52
	»	63
	»	40
	»	76
	»	727
	»	701
	»	24
	»	15
	»	712
	»	421
	»	727
	»	368
	»	381
	»	371
	»	727
	»	102

MATERIAS

- Testamento del loco en
valo lúcido.....
- Testamento de los ciegos
regiones forales....
- Testamento de los esp
el extranjero ante
diplomático ó consul
paña.....
- Testamento de los esp
el extranjero. No es
la vecindad de los te
- Testamento de mancon
- Testamento de mancon
regiones forales.....
- Testamento en idioma e
- Testamento en lugar i
cado por la epidemia
de Guatemala.).....
- Testamento en peligro
fragio.....
- Testamento en peligro i
de muerte.....
- Testamento en peligro i
de muerte. Los testi
conocer al testador..
- Testamento en tiempo
demia. Los testigos
nocer al testador...
- Testamento especial..
- Testamento hecho en i
peligro de muerte.
alemán.).....
- Testamento hecho en
lado por epidemia.
alemán.).....
- Testamento hecho en
tranjero... ..
- Testamento hecho en
tranjero. (Código d
mala.).....
- Testamento hecho en
tranjero. (Código de

MATERIA

- Testigos instrumentales. Certeza de que tiene el testador el poder legal para otorgar el testamento.
- Testigos instrumentales. Conocer dos de ellos.
- Testigos instrumentales. Testamento abierto.
- Testigos. No es preciso que sean vecinos cuando se otorga un testamento de un extranjero
- Testigos. Pueden ser extranjeros cuando se otorga un testamento de cosa mueble ó de poca importancia
- Testigos que han sido testigos en la otorgación del testamento militar
- Testigos que no saben firmar. Modo de suplir su ignorancia
- Testigos testamentarios de Guatemala
- Testigos testamentarios. Ley de 1851
- Testimonios del testamento. Grafo ya protocolado.
- Testimonios procedentes del testamento ológrafo.
- Texto literal de los testamentos. Código
- Timbre del Estado
- Traducción del testamento. Gado en lengua extranjera.
- Transmisión de bienes inmuebles reales. (Regla de Septiembre de 1851).
- Transmisión de derechos sucesorios desde el momento de la muerte

MATERIAS	Artículos.	Apéndices.	Páginas.
Validez del testamento hecho antes de la enajenación mental..	663	»	156
Validez del testamento ológrafo respecto de su protocolización.	689	»	354
Validez del testamento ológrafo respecto de su redacción conforme á derecho.....	688	»	353
Validez del testamento otorgado ante Notario y dos testigos en tiempo de epidemia.....	701	»	482
Validez en concepto de ológrafo del testamento cerrado nulo..	715	»	580
Validez temporal de los testamentos otorgados en peligro inminente de muerte.....	703	»	487
Varones menores de edad. No pueden ser testigos en los testamentos.....	681	»	265
Vecindad. No es condición precisa en los testigos, cuando se trata de la otorgación de un testamento en el extranjero por un súbdito español.....	734	»	690
Vecinos.....	681	»	282
Vecinos. No pueden ser testigos en los testamentos los que no lo sean en el lugar donde se otorguen.....	681	»	265
Vía diplomática. Testamento hecho por un extranjero á bordo de un buque español.....	726	»	661
Violencia en el testamento.....	673	»	212
Violencia. Sus varios aspectos con relación al testamento...	674	»	221
Vizcaya. Testamento otorgado en tiempo de epidemia.....	704	»	503
Voluntad del testador. Su influencia en la interpretación de los testamentos.....	675	»	228

*Este tomo se acabó de
imprimir en Madrid
en la imprenta de
Ricardo Rojas
el día 10 de
Febrero del
año de
1897.*



